



Duílio Lima Rocha

**A Racionalidade Argumentativa nas Decisões Judiciais – Teorias da
Argumentação e Fundamentação das Decisões Judiciais.**

**Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Filosóficas**

**Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho.**

Julho de 2013

RESUMO

O presente trabalho visa a discussão da racionalidade argumentativa na sentença jurídica, buscando problematizar a argumentação e a retórica utilizada pelo julgador como fundamentação para elaborar sua sentença judicial.

Adentramos no estudo da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação acreditando ser critério fundamental para o operador do Direito, na medida em que tais instrumentos oferecem meios de estabelecer um raciocínio jurídico correto e verdadeiro, na busca da persuasão e do convencimento do seu público.

Abordamos o Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais, em países como Portugal, Brasil, Itália e França sempre como garantia do estado de direito democrático, uma vez que a efetiva participação e controle por parte de todos os indivíduos, dos atos decisórios emanados pelo Poder Judiciário, através da motivação, é requisito revelador do princípio do Estado Democrático de Direito.

Defendemos no presente trabalho, com base em ALEXY, que o julgador, ao decidir sobre o caso concreto, realiza juízos de valor sobre a pertinência dos argumentos, sendo guiado na sua formação do convencimento pelos argumentos que lhe pareçam mais persuasivos para tratar da mesma forma situações que lhe pareçam essencialmente semelhante.

Interpretar a fundamentação da sentença abre espaço às seguintes questões: como surge a decisão prevalecente? Quais os critérios de escolha entre mais de uma opção?

Acreditamos que exposição da teoria da argumentação jurídica de Alexy como procedimento desenvolvido, pós-reviravolta pragmático-lingüística, contribui significativamente para a controlabilidade racional do discurso especificamente jurídico no contexto da teoria do discurso.

Palavras-chave: Lógica Jurídica, Teoria da Argumentação Jurídica, Estado Democrático de Direito. Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais, Democracia.

ABSTRACT

This paper aims at discussing the argumentative rationality in sentencing law, seeking to confront the arguments and rhetoric used by the judge as a basis for preparing their judicial decisions.

We entered in the study of Logic and the Theory of Legal Argumentation believing it to be a fundamental criterion for the operator of the law, to the extent that such instruments provide the means to establish a true and correct legal reasoning in the pursuit of persuasion and convincing your audience.

We approached the Principle of Justification of Judicial Decisions in countries like Portugal, Brazil, Italy and France as always guarantee the democratic rule of law, since the effective participation and control by all individuals, the acts emanating from decision-making by the judiciary through motivation, is revealing requirement of the principle of a democratic state.

We argue in this paper, based on ALEXY, that the judge, in deciding the case, makes judgments about the relevance of the arguments, being guided in their training by the convincing arguments which seem more persuasive to treat in the same way situations which seem essentially similar.

Interpret the reasons for the sentence open space the following questions: how comes the prevailing decision? What are the criteria for choosing between more than one option?

We believe that the exposition of the theory of legal reasoning as Alexy procedure developed, post-pragmatic-linguistic turn, contributes significantly to the controllability of rational discourse specifically in the context of legal discourse theory.

Keywords: Legal logic, Legal Argumentation Theory, democratic state. Principle Rationale of Judicial Decisions, Democracy.

SUMÁRIO

Abstract

Introdução

1 – A Relação Entre a Lógica Jurídica e a Argumentação Jurídica

1.1 - A Lógica e seus Conceitos

1.1.1 Lógica Formal e Lógica Material

1.1.2 Juízo e Proposição

1.1.3 Raciocínio e Argumento

1.1.4 O Silogismo

1.2 A Lógica Jurídica

1.2.1 O apofântico (ser) e o deôntico (dever-ser)

1.2.2 A insuficiência da Lógica Formal para o Direito

2 - A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia do Estado de Direito Democrático

2.1 A fundamentação das decisões judiciais e o papel persuasivo da linguagem.

3 - A Contribuição da Nova Retórica de Perelman

4 - A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

4.1 Surgimento, evolução e aplicação da argumentação jurídica

4.2 A teoria da argumentação de Robert Alexy

4.2.1 As regras e as formas do discurso prático geral

4.2.1.1 As regras fundamentais

4.2.1.2 As regras de razão

4.2.1.3 As regras sobre a carga de argumentação

4.2.1.4 As regras de fundamentação

4.2.1.5 As regras de transição

4.3 A tese do caso especial

4.4 As regras e as formas do discurso jurídico

4.5 Normas, regras e princípios.

4.6 Críticas à A Teoria da Argumentação de Robert Alexy

Conclusões

Referências Bibliográficas

Introdução

A proposta do presente estudo é discutir a racionalidade argumentativa na sentença jurídica, buscando problematizar a argumentação e a retórica utilizada pelo julgador como fundamentação para elaborar sua sentença judicial.

É sabido que na finalização da atividade jurisdicional temos como produto uma decisão, construída pelo magistrado sob a égide de seu poder discricionário e uma fundamentação, que consiste na argumentação lógica que explicita a decisão. O poder discricionário como elemento da decisão dá ao magistrado mais de uma opção de como decidir a lide, cabendo ao juiz interpretá-la com base no caso concreto e escolher uma entre as hipóteses contidas na lei para solucionar o problema jurídico. Para não se incorrer em arbitrariedade, o operador do direito deve fundamentar devidamente suas opções e rejeições.

A fundamentação das decisões judiciais surgiu como garantia do estado de direito democrático, uma vez que a efetiva participação e controle por parte de todos os indivíduos, dos atos decisórios emanados pelo Poder Judiciário, através da motivação, é requisito revelador do princípio do Estado Democrático de Direito.

O cidadão que submete os seus interesses à tutela jurisdicional pode e deve exigir uma conduta impessoal do órgão judicial, livre de qualquer interesse mesquinho, capricho de ordem pessoal ou de características estranhas à finalidade maior do Estado. Portanto, como corolário ao Estado Democrático de Direito, o princípio da motivação das decisões judiciais é uma garantia de que o Estado-Juiz, na sua função social pacificadora, agirá de forma independente e responsável, em conformidade com preceitos constitucionais, alheio à perseguições ou favorecimentos de qualquer espécie.

O conceito moderno de Democracia vem paulatinamente acrescentando exigências racionais para o aperfeiçoamento das instituições garantidoras de direitos. Visto por tal prisma, a fundamentação se configura como meio de controle da atuação do juiz em seu poder discricionário. O juiz não pode ser considerado apenas aquele que revela o sentido da norma (em um posicionamento que entende que a lei manifesta a "*vontade do legislador*", tendo a norma sentido unívoco), mas deve sim, utilizando-se da hermenêutica, interpretar a lei tendo em vista o caso concreto. Não basta, para fundamentar a decisão, o simples apoio de leis e

teorias doutrinárias, uma vez que o problema jurídico sempre será novo – poder-se-á ter saberes jurídicos prévios que orientem e até apontem para decisões anteriores que sejam semelhantes (em casos similares), contudo, sempre deve ser verificado o caso concreto¹. A complexidade sobre “como” decidir é bem exemplificada por VIEIRA LUIZ:

“Sou juiz e possuo amigos juizes. Todos honestos, probos e justos. Quando nos reunimos para falar sobre casos que decidimos, chegamos a conclusão que, embora nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares. [...] Cheguei a conclusão de que não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos decidimos conforme nossas consciências”.²

Interpretar a fundamentação da sentença abre espaço às seguintes questões: como surge a decisão prevalecente? Quais os critérios de escolha entre mais de uma opção?

Uma decisão final de um processo judicial supõe sempre a existência de várias outras possibilidades de realização do Direito e por isso a passagem das premissas para a conclusão não pode ser simples silogismo dedutivo, pois o procedimento lógico que leva o operador do direito a uma decisão não é idêntico ao caminho que leva o juiz à fundamentação de sua decisão. Uma coisa é a conclusão (decisão) e outra é a argumentação que a justifica (fundamentação)³.

Defendemos no presente trabalho, com base em ALEXY, que o julgador, ao decidir sobre o caso concreto, realiza juízos de valor sobre a pertinência dos argumentos, sendo guiado na sua formação do convencimento pelos argumentos que lhe pareçam mais persuasivos para tratar da mesma forma situações que lhe pareçam essencialmente semelhante.

¹ NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica – problemas fundamentais. Coimbra: 1993. p. 162.

² LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p 13.

³ TARUFFO, Michele. *El vértice ambíguo – Ensayos sobre la casación civil*. p. 193.

Assim, o caminho seguido pela argumentação para chegar à decisão judicial é trilhado por possíveis formas de racionalidade argumentativa nos moldes das Teorias da Argumentação Jurídica, desenvolvidas por autores como Alexy, Dworkin e Perelman, todas oriundas da pós-reviravolta pragmático-linguística, originando a controlabilidade racional do discurso especificamente jurídico no contexto da teoria do discurso⁴.

No presente trabalho refletiremos sobre a relação entre juízo decisório, verdade de fatos e fundamentação, buscando compreender a racionalidade argumentativa do magistrado, ao utilizar seu livre convencimento para originar uma sentença judicial.

Como já mencionado, utilizaremos como referencial teórico a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, para buscarmos respostas à adequação da melhor interpretação tendo sempre como fulcro o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, considerando princípios constitucionais como chave para esta exegese.

Interessa-nos particularmente o avanço da Hermenêutica Jurídica ao demonstrar a insuficiência do modelo convencional da decisão jurídica como subsunção de um caso concreto a uma regra pertinente (premissa maior / premissa menor) representando assim uma superação da fase eminentemente positivista do direito, dando origem ao que se convencionou chamar de “*virada hermenêutica*”, repensando a pretensão de validade do discurso que decide conflito jurídico e rejeitando o dogmatismo por meio da inserção da racionalidade dialético-argumentativa.

Concordamos com FERRAZ JÚNIOR⁵ ao afirmar que “*Na atividade concreta dos tribunais deve haver a tentativa de alcançar a adesão, através da utilização de argumentos convincentes e razoáveis, da comunidade jurídica e dos jurisdicionados em geral*”.

Justifica-se o presente objeto de estudo pela necessidade de focar a problemática da formulação da decisão judicial racional, vez que a mesma atravessa os limites da concepção positivista do conhecimento, e também o progresso do conhecimento jurídico especializado

⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea, 2ª Ed. Edições Loyola, 1996.

⁵ FERRAZ JÚNIOR. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 233.

ter inaugurado novos espaços interdisciplinares de reflexão cada vez mais precisos em seus objetos e indeterminados em seus contornos epistemológicos.

Almeja-se, portanto, que a proposta apresentada colabore para a aplicação do conjunto de preceitos racionais da teoria do discurso jurídico, contribuindo para a busca de maior certeza da racionalidade que marca a fundamentação das decisões judiciais relativamente à criação de um enunciado vinculante, exigência de um Estado Democrático de Direito, para o qual a motivação das decisões é uma ferramenta de defesa contra o arbítrio, o subjetivismo, o psicologismo, enfim, a irracionalidade que não deve compor a persecução de uma prestação jurisdicional legítima e justa.

Espera-se, ainda, que o presente trabalho possa estimular no meio acadêmico e entre profissionais do Direito, o interesse e o estudo da argumentação jurídica, sua teoria e aplicação nas diversas searas jurídicas, destacando a sua relevância para a Filosofia do Direito, de modo que possamos compreender que a aplicação adequada da justiça não é fruto apenas de leis, que são incapazes de resolver todos os problemas da vida apresentados aos juristas, mas também de uma construção científica interdisciplinar, da dogmática, dos costumes, dos precedentes, da hermenêutica, da linguagem, enfim, de um pensamento racional complexo.

1 - RELAÇÃO ENTRE LÓGICA JURÍDICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

1.1 - A Lógica e seus Conceitos

A Lógica é uma ciência antiga de origem grega, cujos iniciadores são Parmênides, Zenão de Eléia e os sofistas. Segundo NÉRICI⁶, o verdadeiro criador da Lógica foi Aristóteles, que lhe deu “corpo, sistematização, baseando-a em princípios tais e tão sólidos, que até hoje são tidos como válidos”.

A Lógica aristotélica, conhecida como clássica, permaneceu quase que intacta através dos séculos, com pequenas modificações e ampliações feitas por seus discípulos, conservando, assim, suas bases.

Aristóteles estabeleceu um conjunto de regras rígidas para que conclusões pudessem ser aceitas como logicamente válidas: o emprego da lógica leva a uma linha de raciocínio baseado em premissas e conclusões. Por exemplo: se for observado que "*todo ser vivo é mortal*" (premissa 1), a seguir é constatado que "*João é um ser vivo*" (premissa 2), como conclusão temos que "*João é mortal*".

Desde então, a lógica Ocidental, assim chamada, tem sido binária, isto é, uma declaração é falsa ou verdadeira, não podendo ser ao mesmo tempo parcialmente verdadeira e parcialmente falsa. Esta suposição e as leis da identidade (A é A), da não contradição (A não é B), e do terceiro excluído (A é A e não pode ser B) cobrem todas as possibilidades e formam a base do pensamento lógico Ocidental.

A Lógica ao mesmo tempo em que define as leis ideais do pensamento, estabelece as regras do pensamento correto, cujo conjunto constitui uma arte de pensar. E como o raciocínio é a operação intelectual que implica todas as outras operações do espírito, define-se muitas vezes a lógica como a ciência do raciocínio correto. A Lógica é então necessária para

⁶ NERICI, Imideo Giuseppe. Introdução à Lógica. 9. ed. São Paulo: Nobel, 1985, p.

tornar o espírito mais penetrante e para ajudá-lo a justificar suas operações recorrendo aos princípios que fundam a sua legitimidade.

Santo Tomás de Aquino afirmou ser a Lógica também uma arte, isto é, *“um método que permite bem fazer uma obra segundo certas regras”*⁷.

Mais recentemente e voltado ao objeto do presente estudo, temos PERELMAN afirmando que, no âmbito da Lógica, são analisadas a maneira de formular o raciocínio, assim como *“o estatuto das premissas e da conclusão, a validade do vínculo que as une, a estrutura do raciocínio, sua conformidade a regras ou a certos esquemas conhecidos de antemão”*⁸.

A Lógica torna-se dessa forma imprescindível para o espírito humano, uma vez que tem como finalidade a procura e a demonstração da verdade, recorrendo aos princípios que fundam a sua legitimidade.

1.1.1 Lógica Formal e Lógica Material

O estudo da Lógica divide-se em Lógica Formal e Lógica Não Formal ou Metodológica, mais conhecida como Lógica Material.

A lógica formal ou menor é a parte da Lógica que estabelece a forma correta das operações intelectuais, assegurando o acordo do pensamento consigo mesmo, de tal maneira que os princípios que descobre e as regras que formula se aplicam a todos os objetos do pensamento, quaisquer que sejam.

Na lição de ALVES⁹, a Lógica Formal estabelece *“as condições de acordo com o pensamento consigo mesmo, estudando sua validade intrínseca, isto é, sua forma”*. Aplicar

⁷ Apud NERICI, op. cit., p. 16.

⁸ PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1.

⁹ ALVES, Alaôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 141.

formas lógicas significa substituir as estruturas reduzidas a variáveis e constantes lógicas por dados ou constantes fáticas, sem considerar os elementos materiais¹⁰.

Ora, como as operações do espírito são em número de três¹¹, a saber: a apreensão, o juízo e o raciocínio, a Lógica formal compreende normalmente três partes: da apreensão e da ideia, — do juízo e da proposição, — do raciocínio e da argumentação.

A lógica material ou maior é a parte da Lógica que determina as leis particulares e as regras especiais que decorrem da natureza dos objetos a conhecer. Ela define os métodos das matemáticas, da física, da química, das ciências naturais, das ciências morais e outras tantas lógicas especiais.

À Lógica maior, podemos ligar o estudo das condições da certeza, assim como dos sofismas pelos quais o falso se apresenta sob aparência do verdadeiro. Estas questões não se confundem absolutamente com aquelas de que trata a Crítica do conhecimento. Não se cuida, efetivamente, em lógica, senão de definir, de um ponto-de-vista formal, o que são de direito a verdade e o erro e quais são as condições de direito da certeza, enquanto que a Crítica do conhecimento tem por objeto resolver a questão de saber se de fato nossas faculdades de conhecer são capazes de atingir a verdade.

1.1.2 Proposição e Juízo

A lógica aristotélica distingue proposição de juízo. A proposição é o enunciado verbal de um juízo, já proposição é uma sequência de palavras;

O juízo é o ato pelo qual o espírito assere ou nega uma coisa de outra. DI NAPOLI¹² define o juízo como a “*união ou desunião intelectual de dois conceitos, mas é também a união ou desunião intelectual de algum conceito e de alguma coisa existente e singular*”.

¹⁰ VILANOVA, Lourival. Lógica Jurídica. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 79.

¹¹ JOLIVET, op., cit., p. 31.

¹² DI NAPOLI, op. cit., p. 71.

Por juízo entende-se uma operação intelectual, uma asserção afirmativa (Dostoevsky é um escritor russo) ou negativa (Não há bem que sempre dure), verdadeira ou falsa¹³.

Proposição é “*a expressão verbal do juízo*”¹⁴, ou seja, é a oração que garante ou nega alguma coisa do sujeito. Pode ser definida também como “uma oração enunciativa do predicado sobre o sujeito”¹⁵. É constituída pelos termos sujeito, predicado e verbo. É por meio do verbo que se liga o sujeito ao predicado e que é constatado se a proposição afirma ou nega algo¹⁶.

Uma proposição é geralmente uma união de dois termos (sujeito e predicado) através de uma cópula (normalmente o verbo ser¹⁷). O pensamento, portanto, apreende as ideias, que se representam por meio de termos. Com a comparação das ideias, de uma forma positiva ou negativa, o espírito julga, tendo, por fim, a proposição. É oportuno salientar que essas operações acontecem praticamente ao mesmo tempo. Não há uma divisão tão clara, pois o pensamento é indivisível, é uno. Trata-se de uma forma didática para compreender a estrutura da Lógica.

1.1.3 Raciocínio e Argumento

Segundo JOLIVET¹⁸, o raciocínio, em geral, é a operação pela qual o espírito, de duas ou mais relações conhecidas, conclui uma outra relação que desta decorre logicamente. Como, por outro lado, as relações são expressas pelos juízos, o raciocínio pode também definir-se

¹³ Na Lógica não são consideradas as frases interrogativas, as imperativas ou as vocativas/exclamativas, porque aquilo que expressam não pode ser considerado verdadeiro ou falso. Ex.: Vem cá! ou Quantos anos tens?

¹⁴ JOLIVET, op. cit., p. 37.

¹⁵ DI NAPOLI, op. cit., p. 73.

¹⁶ “na enunciação, a matéria são os termos (sujeito e predicado); a forma é a afirmação e a negação. A forma é indicada pelo verbo ser, que também é chamado de ligação, que liga (afirma) ou desliga (nega) o predicado do sujeito”. DI NAPOLI, op. cit., p. 74.

¹⁷ Ex.: Bach é músico. O sujeito (Bach) é o termo de que se enuncia alguma coisa; o predicado (músico) é aquilo que se enuncia.

¹⁸ JOLIVET, op. cit., p. 39.

como a operação que consiste em tirar de dois ou mais juízos um outro juízo contido logicamente nos primeiros.

PERELMAN ¹⁹ explica que o vocábulo “raciocínio designa tanto uma atividade da mente quanto o produto desta atividade”. No âmbito da Lógica, o raciocínio revela-se como produto, não importando as condições para sua elaboração.

Raciocínio é o ato pelo qual o espírito, com o que ele já conhece, adquire um novo conhecimento, ou seja, “*é o ato pelo qual o intelecto infere um determinado juízo de outros juízos*” ²⁰.

É importante perceber que o raciocínio é feito por meio do que já é conhecido. De acordo com NÉRICI ²¹, “*todo raciocínio baseia-se no antecedente, o que é conhecido, para ir ao consequente, que é a novidade percebida pelo espírito*”. O raciocínio é então uma passagem do conhecido para o desconhecido, enquanto o argumento é a expressão verbal do raciocínio.

O encadeamento lógico das proposições que compõem o argumento se chama forma ou consequência do argumento. As próprias proposições formam a matéria do argumento. A proposição a que chega o raciocínio se chama conclusão ou consequente, e as proposições de onde é tirada a conclusão se chama coletivamente o antecedente²²:

1.1.4 O Silogismo

Segundo DI NAPOLI, “*silogismo é um argumento dedutivo no qual, postas duas proposições, necessariamente é posta a terceira*” ²³. Trata-se, pois, da forma perfeita de raciocínio dedutivo mediato, ou seja, aquele que parte do geral para o particular, com o

¹⁹ PERELMAN, op. cit., p. 1.

²⁰ DI NAPOLI, op. cit., p. 97.

²¹ NERICI, op. cit., p. 56.

²² O homem é mortal. Pedro é homem (Antecedente), logo, Pedro é mortal {Conclusão}.

²³ DI NAPOLI, op. cit., p. 100.

auxílio de um intermediário. Ele é composto de três proposições, das quais a terceira (conclusão) é tirada das duas primeiras (premissas).

O silogismo é mediado, pois não é apreendido imediatamente da percepção, mas deve usar o raciocínio para compreender o real. É dedutivo porque parte da verdade de premissas universais para se chegar a outras premissas. E é necessário, porque estabelece uma cadeia causal entre as premissas.

As premissas, para formar um silogismo, devem ser assim distribuídas:

- a) A primeira premissa, chamada de **premissa maior**, deve conter o termo maior e o termo médio;
- b) A segunda premissa, chamada de **premissa menor**, deve conter o termo médio e o termo menor;
- c) A **conclusão** deve conter os termos maior e menor.

Como exemplos de silogismo, temos:

- 1. Toda regra tem exceção. Isto é uma regra. Logo, deveria ter exceção. Portanto, nem toda regra tem exceção.
- 2. “Todo homem é mortal; Pedro é homem; Logo, Pedro é mortal”. Vejamos que o termo de maior extensão é o primeiro, ou seja, mortal. O de menor extensão é Pedro, enquanto o termo intermediário é homem. O termo intermediário ou médio convém, neste exemplo, a mortal e a Pedro²⁴.

1.2 A Lógica Jurídica

A Lógica Jurídica busca tanto garantir a possibilidade de que as conclusões silogísticas, quando cabíveis, sejam corretas, como também, e fundamentalmente, em

²⁴ O silogismo era, para Aristóteles, padrão do raciocínio analítico, enunciado pelo clássico esquema: “Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C”. Percebamos que, de acordo com a fórmula, o referido raciocínio é válido independente de que termos seja A, B e C, ou seja, independentemente do conteúdo. Trata-se, assim, de lógica formal.

possibilitar que as escolhas das premissas sejam feitas de forma racional e justificada, garantindo que o Direito possa efetivamente ser qualificado como Ciência e possibilitando que se exerça um controle mais apropriado das decisões jurídicas.

De acordo com PERELMAN:

“A lógica jurídica é o conjunto de técnicas de raciocínio que permitem ao julgador conciliar, em cada caso, o respeito ao direito e a aceitabilidade da solução encontrada. As fontes do direito, tais como postas em cada sistema jurídico, são o ponto de partida do raciocínio do jurista, que tem como objetivo a adaptação dos textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva, em constante mutação”²⁵.

É comumente difundida a ideia de que o Direito guarda íntima ligação com a Lógica, e que nas relações estabelecidas entre as diversas normas que formam o ordenamento jurídico-positivo, bem como na aplicação dessas normas aos casos concretos, devem ser obedecidos os princípios da lógica. Tal ideia reduz o Direito a um fenômeno estritamente lógico, cabendo ao juiz, ao aplicar a lei a um caso concreto, deduzir logicamente a sentença a partir do silogismo entre as leis gerais e os fatos.

Neste modelo, que teve suas bases estruturadas a partir do liberalismo do século XVIII, a atividade judicial é tida como meramente declaratória da norma legal aplicável ao caso concreto, cabendo ao juiz unicamente fazer um silogismo lógico-dedutivo em que a premissa maior seria a norma e a premissa menor seria o fato, decorrendo daí uma única solução possível, que deveria ser a adotada. O papel a ser desempenhado pelo juiz, assim, seria o de mero aplicador da lei, cabendo-lhe tão-somente “dizer a lei do caso concreto”, extraída a partir da lei genérica e abstrata. Por isso é que MONTESQUIEU²⁶ (1997,) afirmava que os juízes “(...) *não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor*”.

²⁵ PERELMAN. "Ontologie juridique et sources du droit" em Archives de philosophie du droit, t. 27, Sirey, 1982, p.31 (Em Ethique et Droit, cit., pp. 523/535), *apud* Cassio Scarpinella Bueno in *Ethique et Droit, Editions de l'Universite de Bruxelles*, 1990, pp. 636/648, coletânea de estudos de Perelman organizada por Alain Lempereur.

²⁶ MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. Do Espírito das Leis. Vol. 1, coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 203.

No mesmo sentido, tornando explícita a forma como a ligação entre a lógica e o direito era vista, afirmou BECCARIA²⁷ que:

“O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro”.

Ocorre, entretanto, que vários fatores, entre os quais a crescente positivação de direitos fundamentais, não só relacionados aos direitos civis e políticos, mas também aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais, além do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma impositiva e cogente, e não mais a mera “folha de papel” de Lassalle²⁸, geraram um crescimento do grau de jurisdicionalização da vida social e política que redundou numa profunda alteração do papel desempenhado pelo Poder Judiciário nas democracias modernas, onde não mais é possível validamente sustentar-se a correção da concepção liberal-legal clássica.

Tais fatores, aliados ao reconhecimento da existência de lacunas e antinomias no ordenamento, bem como do caráter vago e impreciso das normas, tornaram evidente que em muitos casos as decisões judiciais não são meros produtos do raciocínio lógico-dedutivo de aplicação de normas válidas e enunciados empíricos comprovados. Como afirma ALEXY²⁹, a constatação feita por Larenz de que atualmente ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas nada mais é do que uma subsunção lógica sob premissas maiores formuladas abstratamente “*é um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea*”.

Com efeito, a relação entre o direito e a lógica, pelo menos nessa forma estrita defendida pelo modelo formalista, está longe de ser pacífica, como bem demonstra a célebre frase do Justice Holmes, para quem “*a vida do Direito não tem sido lógica, mas*

²⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. 11^a. Ed. São Paulo: Hemus, 1995, p.17

²⁸ *Apud* HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio fabris, 1995.

²⁹ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 17.

*experiência”. No mesmo sentido, afirmou Taine que “as sociedades humanas são um escândalo para a razão pura, pois elas não são obra da Lógica, mas da história”*³⁰.

A Lógica jurídica, pois, estuda todas as formas racionais de justificação de uma proposição normativa, incluindo-se aí não só aquelas que assumem a forma de raciocínios dedutivos ou indutivos, objeto da lógica formal, mas também aquelas justificações fundadas na analogia, na argumentação e na retórica.

1.2.1 O apofântico (ser) e o deôntico (dever-ser)

VILANOVA³¹ explica que formas apofânticas e as deônticas são estruturas no discurso ou linguagem normativa (*in specie*, jurídica) próprias do direito” que explicam e justificam a existência da Lógica Jurídica.

A forma deôntica refere-se a um dever-ser objetivo. Tal forma traz uma estrutura lógica, cognoscente da conduta, estando, assim, formalizada. Segundo VILANOVA³²:

“A partícula operatória do deôntico é o dever-ser que, [...] estatui relação entre sujeitos-de-direito, que tomam o papel sintático de termos sujeitos, e relação entre tipos de ações ou condutas, decorrentes da verificação de pressupostos fácticos, que tomam o papel sintático de proposições antecedentes de uma relação hipotética. A norma, que é, fenomenologicamente, a significação do enunciado proposicional, diz que se se dá (se ocorre na realidade) um fato que através do pressuposto a ele referido entre no universo do direito,

³⁰ *apud* FRANCO MONTORO, André. Lógica jurídica, ferramenta do jurista. In DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. Direito, cidadania e Justiça. Ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20.

³¹ VILANOVA, op. cit., p. 84-85.

³² VILANOVA, op. cit., p. 86-87.

então um sujeito deve fazer ou omitir tal ou qual conduta face a outro sujeito, termo relato daquele termo referente”.

A Lógica Jurídica não tem como deixar de ser formal exatamente pelo fato de suas estruturas serem aptas para acolher o objeto jurídico, que é uma espécie de objeto deôntico (normativo).

Os raciocínios jurídicos, no entanto, são acompanhados por incessantes controvérsias, buscando uma decisão justa e com aceitabilidade social. Tal fato, segundo PERELMAN³³, é suficiente para *“salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo de valor da conclusão”*.

Em síntese, podemos dizer que o Direito pretende atender aos anseios da sociedade, permitindo uma convivência pacífica entre os homens. Seu conteúdo, por conseguinte, é dinâmico, estando em constante transformação, devendo ocorrer com o sentido captado pela norma, sob pena de uma estagnação. E é exatamente nesse conteúdo que visualizamos a forma aponfântica, ou seja, do ser, da prática, do concreto, do que efetivamente ocorre na realidade, o que nem sempre corresponde ao que está previsto na forma deôntica.

Verificamos, pela evolução histórica, que Direito é mais do que lei, mais do que regra, mais do que norma e por isso a formalização da norma, pela sua estrutura deôntica, não há como abranger todo o conteúdo do Direito, e por isso o intérprete não pode ficar adstrito a ela, sob risco de diminuir o complexo sistema jurídico.

A norma ao materializar-se na sua estrutura, pode ter vários objetos, inúmeros conteúdos. Todos serão delineados pelo aplicador do Direito, em especial, pelo julgador ao proferir sua decisão. Ocorre que a sociedade é dinâmica e por isso o conteúdo do Direito também deve ser, necessária se faz outra forma, que é exatamente o apofântico.

Simplificando temos que a realização da justiça e da equidade das decisões judiciais é realizada pelo apofântico.

³³ PERELMAN, op. cit., p. 13.

1.2.2 A insuficiência da Lógica Formal para o Direito

O Direito pode ser estudado na perspectiva de pelo menos dois campos diferenciados da Lógica: Lógica Formal e Lógica Não Formal. Existem, por conseguinte, dois tipos de raciocínios no Direito: os lógico-dedutivos ou lógico-formais e o dialético, denominado assim por Perelman, que tratam de argumentação jurídica. Enquanto uma operação lógico-formal prevê uma demonstração de seus postulados, a argumentação é um mecanismo de pensamento prático.

Com a solidificação do positivismo jurídico, a justiça passou a ser uma qualidade do que é legal, baseada na representatividade, e na formalidade, para garantir a segurança jurídica. Ocorre que os conceitos de legitimidade e a legalidade se confundiam, chegando ao ponto em que Kelsen, formalista ao extremo, considerava a justiça como um ideal irracional, onde somente existia a lei posta estruturada por meio de regras.

Assim, para o positivismo, a atividade do juiz é meramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, de um conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado.

Dessa forma, parece claro que o modelo de regras, proposto pelo positivismo jurídico, baseado na Lógica Formal, com raciocínios meramente dedutivos, é insuficiente para atender ao Direito, uma vez que este é criação da racionalidade humana permitir a convivência pacífica entre os homens.

O Direito é formado, em geral, por normas, que são criações humanas, cujas ações são delimitadas por valores, ao mesmo tempo, o Direito é interpretado e aplicado pelo homem, que, utilizando sua racionalidade, busca uma solução conveniente para o caso concreto.

Constatamos, pois, que o homem é um ser axiológico, o que acaba reflete no direito, sendo invadido pelos valores, demonstrando a insuficiência dos raciocínios lógicoformais, ocorrentes por meio da dedução.

Perelman explica que isto decorre do fato de que “na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei. A lei já não constitui

todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento da sua tarefa, na solução dos casos específicos”.

Segundo PERELMAN ³⁴, o recurso aos princípios gerais do Direito é hoje o sucedâneo na busca de fundamento para o Direito no direito natural. Referidos princípios não são considerados regras permanentes e imutáveis, mas critérios de legitimadores que devem ser levados em consideração.

Nesse sentido, o antagonismo entre jusnaturalismo e positivismo encontra-se superado, sendo o período pós-positivista marcado pelo recobro dos princípios que aparecem com função normativa e a aceitação do juízo de valor no Direito.

Demonstrada a insuficiência da Lógica Formal para atender o raciocínio jurídico, com reflexos na crise do positivismo jurídico, surgem algumas indagações: como produzir critérios que legitimem racionalmente as decisões judiciais? Como o juiz compatibilizará a segurança e a justiça, valores-base do Estado Democrático de Direito? Como equilibrar valor com racionalidade?

É para tentar encontrar respostas a esses questionamentos que surge a Teoria da Argumentação Jurídica, sendo a racionalidade prática o denominador comum deste campo. ATIENZA ³⁵ destaca que, no âmbito do Direito, as argumentações ocorrem em três momentos distintos: na produção e estabelecimento da norma jurídica; na aplicação de normas jurídicas e, por fim, na dogmática jurídica.

³⁴ PERELMAN, op. cit., p. 221-222.

³⁵ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 18-19.

2 - A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Por exigência de fundamentação das decisões judiciais entende-se a exposição das razões que motivaram determinado entendimento, permitindo que o mesmo possa ser entendido e aceito como válido ou, se for o caso, questionado em suas razões, pois, de nada valeria requerer a justificação de uma decisão se a mesma não se puder pautar em premissas racionalmente fundamentadas, caso contrário seria suficiente apresentar razões puramente morais, subjetivas ou psicológicas.

O dever de fundamentação das decisões judiciais compõe importante garantia do Estado Democrático de Direito, no caso do Brasil tal dever é previsto no Art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988³⁶.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 205³⁷, contém previsão a respeito da necessidade da fundamentação, sendo seguida pelo Código de Processo Civil português em seu art. 158³⁸.

Em Itália, a Constituição da República Italiana, prevê no art. 111³⁹, que "*todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados*", enquanto o Código de Processo Civil italiano, segue a diretriz constitucional, ao dispor sobre a sentença, no art. 132⁴⁰, orientando

³⁶ "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação";

³⁷ "As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista da lei".

³⁸ 1- As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas. 2- A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição.

³⁹ *tutti provvedimenti giurisdizionali devono esser motivati.*

⁴⁰ *la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione*

os órgãos jurisdicionais a respeito da decisão afirmando o que deve conter: "*a concisa exposição do desenvolvimento do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão*".

Em França não se faz menção a respeito desse princípio na sua Constituição, porém é referido no Código de Processo Civil de 2001 (art. 455⁴¹), ao prescrever que o "julgamento deve ser motivado".

Esse dever exige que os provimentos judiciais proferidos por qualquer magistrado sejam motivados, possibilitando conhecer as razões que os fundamentam e questionar o seu teor. Essa justificação não pode ser fruto da arbitrariedade ou pautada no subjetivismo dos julgadores, mas exige a adoção de critérios de fundamentação racionais.

2.1 A fundamentação das decisões judiciais e o papel persuasivo da linguagem.

A interpretação do Direito é um contínuo exercício de persuasão. O juiz ao decidir, como todo emissor de uma mensagem, tenta convencer o seu interlocutor a aceitar a argumentação exposta conforme o seu prisma.

Indubitavelmente, a linguagem tem fundamental importância na medida em que a decisão judicial, como ato de comunicação, necessita conter uma *racionalidade*, devendo esta não apenas ser *demonstrada*, mas *comprovada*, mediante um discurso bem construído em termos racionais. Só que esse discurso, que também pode ser encarado como uma forma de argumentação, difere da chamada demonstração.

A demonstração se baseia na ideia de evidência, concebida como algo diante do qual todo pensamento do *homo medius* tem de ceder (desnecessidade de prova), e liga-se ao raciocínio lógico-formal. Já a argumentação parte da ideia de que nem todas as provas podem ser reduzidas à evidência (não se supõe um sistema axiomático), mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescentar adesão e liga-se ao raciocínio *persuasivo*⁴².

⁴¹ *le jugement doit être motivé*

⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 323.

O juiz, portanto, ao justificar a sua decisão, exerce uma função de persuasão em relação às partes no processo, visando convencê-las de que ao julgar aplicou ao caso concreto a solução mais adequada que poderia ser encontrada no ordenamento legal, consequentemente, seria essa alternativa a de se esperar. O professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. trata da questão:

"[...] a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados em que cada agente age de certo modo porque os demais agentes estão seguros de poder esperar dele um certo comportamento. Não se trata de regularidades lógicos-formais, mas, por assim dizer, ideológicas. O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso 'informativo' sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso 'persuasivo' sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso a 'verdade' decisória acaba se reduzindo, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte⁴³. [15]

Dessa feita, a decisão judicial adequadamente fundamentada não objetiva tão-somente adequar-se ao ordenamento jurídico em termos de validade, mas significa, também, um exercício de persuasão que magistrado realiza, de forma a convencer aos destinatários de sua decisão que esta é a melhor solução que se poderia alcançar.

⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit., 1994, p. 344.

3 – A CONTRIBUIÇÃO DA NOVA RETÓRICA DE PERELMAN

Perelman foi o autor que provavelmente mais contribuiu para a recuperação da tradição tópica e da retórica antiga. COELHO⁴⁴ observa que:

“Vinte e três séculos se passavam enquanto a filosofia prestigia, do legado aristotélico, apenas o modo analítico de raciocinar. Ninguém manifesta preocupação em resgatar a idéia de dialética como saber necessário, sério, pertinente, sujeito a regras próprias e, portanto, controlável. Somente a partir de 1947, na Bélgica, Chaim Perelman irá alterar esse quadro, dando início, juntamente com sua colaboradora Lucie Olbrechts-Tyteca, as pesquisas que resultarão, em 1958, na publicação do Tratado da argumentação”.

Perelman foi pioneiro na habilitação da retórica, pois antes dele, a noção aristotélica não despertava interesse nos filósofos da época. A retórica de Perelman se apóia principalmente em Aristóteles, Cícero e Quintiliano.

O seu objetivo fundamental é ampliar o campo da razão para além dos confins das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas. O que mais interessa a Perelman é a estrutura da argumentação, a sua lógica, e não, por exemplo, os seus aspectos psicológicos. Ele defende a idéia de que a análise dos raciocínios utilizados pelos políticos, juízes ou advogados deve ser o ponto de partida para a construção de uma teoria da argumentação jurídica.

Perelman considera a argumentação como um processo em que todos os seus elementos interagem constantemente, e nisso ela se distingue também a concepção dedutiva e unitária do raciocínio de Descartes e da tradição racionalista.

Perelman escolhe para designar a sua teoria, o nome de retórica e não de dialética, isso se deve precisamente a importância que se dá a noção de auditório (que significa o conjunto de todos aqueles em que o orador quer influir com a sua argumentação), o que Alexy chama de audiência , que certamente é a noção central da teoria de Perelman.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. Prefácio à edição brasileira do Tratado da argumentação Jurídica. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes: 2002. p

Para Alexy “o conceito básico da teoria de Perelman é o conceito de audiência (auditoire). A audiência é um agrupamento daqueles a quem o orador deseja influenciar com sua argumentação”

Perelman faz uma distinção entre retórica formal e retórica aplicada a campos específicos, como é o caso do Direito. Ele chama de lógica jurídica o campo de estudo das técnicas e raciocínios próprios dos juristas. Mas entende que a lógica jurídica não é um ramo da lógica formal aplicada ao Direito, isto porque os raciocínios jurídicos não podem ser reduzidos de forma absoluta a raciocínio lógico-formais, sendo na verdade um ramo da retórica.

Atienza faz várias críticas sobre a teoria de Perelman, direcionando-as para a parte conceitual, ideológica e direcionada a concepção do Direito e do raciocínio jurídico. Atienza afirmou que do ponto de vista teórico, o pecado capital de Perelman foi a falta de clareza de praticamente todos os conceitos principais de sua criação teórica. Afirma ainda, que Perelman não oferece nenhum esquema que permita uma análise adequada dos argumentos jurídicos – dos diversos tipos de argumentos jurídicos – nem do processo da argumentação.

4 - A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

4.1 Surgimento, evolução e aplicação da argumentação jurídica

Registros históricos provam que a argumentação é estudada desde a antiguidade clássica, perpassando por muitas fases de desenvolvimento. Para o estudo aqui intentado, contudo, optamos por não adentrar profundamente nesse percurso histórico, detendo-nos apenas naquilo que possui maior relevância para o estudo da argumentação que se dá em âmbito jurídico.

Datam de 1970 os esforços mais evidentes de estudo da argumentação voltada para o Direito, quando Chaïm Perelman iniciou o curso de argumentação na Universidade de Bruxelas⁴⁵.

Durante séculos, em razão da não exigência de fundamentação das decisões, a argumentação assumiu um papel secundário no Direito. Sem a necessidade de apresentação de uma justificação racional, o Juiz tinha o papel de buscar o “justo”, embora, por vezes, não ficassem claros quais os critérios de justiça utilizados, confundindo-se, certas vezes, com ponderações não normativas puramente morais e/ou religiosas.

Foi a partir da Revolução Francesa, por meio da aplicação do Princípio da Divisão de Poderes⁴⁶, que se passou a exigir, do poder judiciário, a prolação de decisões fundamentadas. Essa obrigatoriedade de justificação inspirou a necessidade de desenvolvimento de teorias da construção racional do discurso.

Passa-se, então, a valorizar a segurança e a igualdade advindas das leis e de sua aplicação, que deve ser racionalmente conduzida pelo aplicador, o juiz.

Ainda de modo superficial, sinteticamente, é possível dizer que, a partir da Revolução Francesa, foram diversos os estágios de desenvolvimento e os modos de aceitar a existência e a aplicação do Direito na sociedade. Das teorias jusnaturalistas ao seu completo afastamento

⁴⁵ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 8.

⁴⁶ Por meio da aplicação de um sistema de freios e contrapesos, atribuíam-se prerrogativas e deveres a cada uma das vertentes do Poder Estatal.

pelo positivismo de Comte, a argumentação no Direito passou por diversos estágios de evolução, aplicação e valorização. No auge do positivismo, por exemplo, a persuasão assumiu menor valor ante a exigência de um raciocínio jurídico absolutamente exato, até mesmo formalmente lógico, no qual ao aplicador do direito cabia o papel quase acrítico de aplicar ao fato a norma.

Da Revolução Francesa ao processo de Nuremberg, houve um movimento de valorização do formalismo e do legalismo do raciocínio judiciário. Com fundamento na lei, condutas altamente questionáveis foram justificadas e afetaram a vida de milhões no mundo. Diante das perplexidades que a humanidade presenciou na Segunda Guerra Mundial, tal processo passou a ser questionado, criticando-se a simples obediência à lei sem a avaliação da carga axiológica nela presente.

O estudo e aplicação de valores como justiça e igualdade passaram a ser visto também como papel do Direito. Segundo Chaïm Perelman:

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao Direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de Direito.⁴⁷

Sendo assim, aplicar o Direito deixou de ser uma busca por uma verdade petrificada de um sistema fechado⁴⁸, uma vez que em muitos casos a decisão jurídica não pode ser deduzida das leis, dos costumes ou dos precedentes, justificando-se isso devido a pelo menos quatro razões fundamentais: 1) a inexatidão da linguagem do Direito; 2) os eventuais choques entre as normas; 3) a ausência de normas válidas para certos casos que exigem regulação jurídica; e 4) casos especiais que permitam decidir em prejuízo à literalidade da norma.

Esses novos paradigmas estabelecidos pela evolução da Metodologia Jurídica, exigem, da aplicação das leis vigentes em determinado ordenamento jurídico, maior grau de

⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 185.

⁴⁸ Inclusive, porque, conforme veremos a partir do estudo de uma série de regras da razão, ao ordenamento jurídico, é impossível conferir grau absoluto de exatidão.

racionalidade e certeza de que a mesma (aplicação da lei - decisão) se encontra livre de arbitrariedades e subjetivismos explicáveis apenas mediante estudos psicológicos específicos.

Isso implica conferir maior importância à atividade argumentativa no Direito, que deve ser entendida enquanto fundamentação racional do discurso que justifica a adoção de uma solução como mais razoável em determinado caso, respeitando princípios básicos gerais, como a universalidade e a justiça formal.

A argumentação jurídica desenvolve, portanto, uma função essencial na construção de uma justificação racional do direito aplicável aos casos concretos e das decisões jurídicas. Tal função assume especial importância no meio jurídico brasileiro, que reconhece a necessidade de estruturar as decisões judiciais de modo que as mesmas sejam fundamentadas (motivadas), segundo critérios racionais

4.2 A teoria da argumentação de Robert Alexy

*“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”*⁴⁹. Por meio dessa conclusão, Robert Alexy dá início à apresentação dos suportes básicos que norteiam o desenvolvimento e proporcionam a conclusão das principais ideias que compõem a sua teoria da argumentação jurídica.

Alexy evidencia que, não raras vezes, a decisão de questões jurídicas não decorre da lógica presente nas enunciações das normas jurídicas então em vigor, acompanhadas dos postulados empíricos tidos como verdadeiros ou demonstrados.⁵⁰

Em outras palavras, são muitos os casos em que a decisão jurídica não pode ser deduzida das leis, dos costumes ou dos precedentes, justificando-se isso, conforme já

⁴⁹ LARENZ, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975, p. 154 apud ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19.

salientado, em, pelo menos, quatro razões fundamentais: a) a inexatidão da linguagem do Direito; b) os ocasionais choques entre as normas; c) a carência de normas válidas para certos casos, que exigem regulação jurídica; e d) casos especiais que possibilitem decidir em prejuízo à norma tida em sua literalidade.⁵¹

A partir dessas breves considerações, Robert Alexy passa a elencar uma série de pressupostos e intenções presentes em seu trabalho, indicando os fundamentos de sua investigação e partindo de uma crítica à metodologia jurídica explorada sob os cânones de interpretação.

Para Alexy, não obstante as dificuldades relativas à classificação e ao modo de utilização dos mencionados cânones, seu principal problema é a imprecisão, pois determinada regra pode resultar em conclusões divergentes se os intérpretes possuem compreensões desiguais sobre a questão. Assim, o autor assume que tais cânones de interpretação, apesar de úteis, não podem ser utilizados como regras suficientes para a fundamentação de decisões jurídicas⁵².

Alexy ensina que quando a decisão de determinado caso encontra as dificuldades relativas às quatro razões anteriormente citadas, ela não é bem formulada com base exclusivamente em regras da metodologia jurídica, passando então o intérprete a ter de optar entre, quando não várias, pelo menos, duas soluções. Ao realizar tal opção, o intérprete elege determinada alternativa como superior em alguma acepção e, por tal razão, realiza uma valoração ou juízo de valor, pressuposto fundamental da tese de Alexy, no sentido de que o aplicador “deve” se nortear por uma perspectiva juridicamente pertinente em consonância com “valorações moralmente corretas”⁵³.

Apesar da imprescindibilidade das valorações na Ciência do Direito e na jurisprudência, não podemos concluir que nas decisões judiciais há uma margem de liberalidade para crenças morais subjetivas dos aplicadores do Direito. Diante disso, diversas

⁵¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 21.

⁵³ *Ibid.*, p. 23-26.

foram as tentativas de objetivar a aplicação desses juízos de valor⁵⁴, mas que não obtiveram êxito diante das diferentes formas de concretização dos princípios decorrentes dessas propostas, das quais resultam diferentes consequências normativas⁵⁵.

No propósito de investigar as possibilidades dessa objetivação, a argumentação jurídica, concebida por Alexy como atividade linguística que trata da correção de enunciados normativos, é designada por ele como caso especial do “discurso prático geral”. Esse discurso jurídico pode ser concebido sob prismas empíricos (atuar jurídico sociológico), analíticos (estrutura lógica de argumentos efetuados ou possíveis) ou normativos (estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico)⁵⁶.

Para fins de compreensão de sua teoria da argumentação, Alexy alerta para a adoção de uma prática “analítico-normativa” aplicável ao discurso jurídico, vez que há referência à estrutura lógica do argumento e à fundamentação racional do discurso⁵⁷.

Reputa fundamental a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois ambos tratam de enunciados normativos com “pretensão de correção”. Especializa-se o discurso jurídico porque há uma gama de condições limitadoras, a exemplo da submissão à lei, à necessária atenção aos precedentes, à dogmática e, fora do discurso científico-jurídico, às limitações de cunho processual. Espera-se do enunciado jurídico que seja racionalmente justificável sob a observância dessas limitações⁵⁸.

E sobre esse último ponto é que se levanta a questão principal do trabalho de Alexy: “o que significa ‘racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras?’”⁵⁹. Sob tal perspectiva, o teórico se propõe a formular um código da razão

⁵⁴ São elencados quatro procedimentos na obra: “1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; 2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores); e 3) recorrer a princípios suprapositivos. [...] 4) apelar para conhecimentos empíricos [exceto os pressupostos em (1)].” (Ibid., p. 29).

⁵⁵ Ibid., p. 26-29.

⁵⁶ Ibid., op. cit., p. 30-31.

⁵⁷ Ibid., op. cit., p. 31.

⁵⁸ Ibid., op. cit., p. 31-32.

⁵⁹ Ibid., op. cit., p. 32.

prática, agrupando uma série de regras e formas (cinco grupos de um total de vinte e duas regras e um quadro de seis formas de argumentos), que, se adotado, apresente, fundamentadamente, uma pretensão de correção⁶⁰.

Tais regras não solucionam definitivamente a estrutura da fundamentação e nem determinam de quais premissas devem partir os participantes do discurso, mas definem o produto da argumentação em todos os casos⁶¹. Ou seja, dessas regras deriva um processo de decisão no qual não está estabelecido o que se deve tomar como fundamento da decisão e no qual nem todos os passos estão prescritos. Isso, para Alexy, é exatamente o papel da Teoria do Discurso, que deve propor regras com tão reduzido teor normativo que pessoas com entendimentos normativos distintos possam concordar, mas tão robustas que discuti-las seja apreciado como racional⁶².

Algumas regras do discurso, acrescente-se, só podem ser executadas de modo aproximado, o que não as torna descartáveis, pois contribuem para a elucidação da pretensão de correção, enquanto preceitos da correção de enunciados normativos, enquanto ferramentas de crítica de justificações não racionais e enquanto medidas de um ideal que se almeja, de forma que uma norma ou mandamento singular que preencha os requisitos estabelecidos pelas regras do discurso possa ser avaliada como justa⁶³.

Tais delimitações exigem a determinação mais exata das regras nas quais ocorrem e das formas de argumentos que podem ser tomadas como referência, mas somente em certas formas de discurso é possível distinguir as regras e as formas importantes dentre todas as que conduzem o discurso jurídico. Nesse ponto, a relação entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral toma especial relevância dentro da chamada “tese do caso

⁶⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶¹ Aqui se fala em questões discursivamente impossíveis, discursivamente necessárias e discursivamente possíveis. Para Alexy, o enlace do discurso real com o ideal resulta de forma limitada na eliminação de determinadas questões sobre certas coisas. Como exemplo apresenta a escravidão como impossível discursivamente e a democracia como resultado do necessário discursivamente. Ao lado desses dois discursos, há um amplo espaço do meramente possível discursivamente, no qual se pode, de modo racional, chegar a resultados diferentes, representando limites à Teoria do Discurso (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29-30).

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 32-33.

⁶³ *Ibid.*, p. 33-34.

especial”⁶⁴. São destacados três significados: a) “tese da secundariedade”: a fundamentação em si deve seguir os padrões do discurso prático geral, ao passo que a justificação jurídica é apenas legitimador secundário (se a solução não advém da lei, não há discurso jurídico, mas sim prático); b) “tese da adição”: a argumentação jurídica tem um limite, após o qual passa a vigor a argumentação prática geral; c) “tese da integração”: os argumentos especificamente jurídicos devem somar-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais⁶⁵.

Embora adote a última tese, Alexy adianta que a mesma não soluciona todas as questões, ao passo que o modo como essa integração ocorre de forma compatível com as normas legais, os precedentes judiciais e a dogmática, deve ser respondida pela presente teoria da argumentação jurídica.

Antes de ingressar na análise de outras teorias do discurso prático, Alexy aponta que há certa identificação entre argumentação jurídica e tópica na sua investigação, assumindo que, mesmo quando não são possíveis fundamentações concludentes, deve-se buscar uma decisão racional, bem como a ideia de que fundamentação racional relaciona-se necessariamente com discussão racional⁶⁶.

A partir desse ponto, Alexy passa a examinar uma série de teorias do discurso prático, a fim conhecer como se dá a fundamentação dos enunciados, das proposições ou das orações normativas, analisando-os a partir da teoria da linguagem normativa, cujos numerosos estudos resultaram no desenvolvimento da “metaética”. Uma vez que uma série de teorias metaéticas não se aplica ao discurso racional, seu estudo se mostra necessário⁶⁷.

Enfatiza também que o modo mais simples de discurso geral prático é um debate entre duas pessoas que argumentam se algo deve ser feito ou se é bom. A resolução do caso apresenta duas propostas: a) um convence (prova) o outro da verdade de sua posição, por

⁶⁴ Confira ALEXY, Robert. *La tesis del caso especial*. 13 p. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fisegoria.revistas.csic.es%2Findex.php%2Fisegoria%2Farticle%2Fdownload%2F75%2F75&ei=JUjqULf9No2u8ASiYQCQCQ&usg=AFQjCNEPtX63otfidGm1rU5TPPqee6NG7A&bvm=bv.1355534169,d.eWU>>. Acesso em: 13 maio. 2013.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 34-35.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 35-38.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 45-46.

meio da fundamentação de uma convicção moral; b) ambos fazem um acordo por meio da persuasão (cunho psicológico). Para Alexy, a explicação da segunda proposta não supera os limites do psicologismo, restando averiguar se a justificação de convicções morais é possível (e, se sim, como)⁶⁸.

Diante disso, Alexy, partindo das ideias pertinentes ao naturalismo, ao intuicionismo e ao emotivismo, inicia seu estudo acerca das visões que diversos teóricos têm do discurso moral como uma atividade guiada por certas regras.

Para os naturalistas, os enunciados normativos⁶⁹ podem ser definidos por meio de expressões descritivas, verificando-se mediante os procedimentos típicos das ciências naturais e sociais de veia empírica, ao passo que, à filosofia moral, caberia traduzir tais expressões normativas para enunciados descritivos. Alexy considera que a teoria naturalista foi objetada satisfatoriamente pelo “argumento da questão-aberta” (open-question argument) de Moore, ao concluir que significados normativos nem sempre coincidem com o de expressões normativas, não podendo o discurso moral ser abreviado ao empirismo do discurso⁷⁰.

A tese do intuicionismo informa que, se determinados enunciados não podem ser expressos empiricamente, não são cognoscíveis pelos cinco sentidos, mas por uma capacidade especial (sexto sentido, conhecimento intuitivo a priori). Para essa corrente, o discurso prático se daria por meio de verdades evidentes impassíveis de argumentação. Tal teoria se torna insustentável quando constatamos que diferentes pessoas respondem distintamente ao mesmo sinal, não oferecendo qualquer critério para distinguir entre falso e correto⁷¹.

Em contrapartida ao naturalismo e ao intuicionismo, o emotivismo afirma que o papel fundamental dos juízos morais é influenciar pessoas, modificando ou intensificando seus interesses e não apenas descrevendo-os. A clara abordagem psicológica dada ao discurso moral por essa teoria, na qual os argumentos atuam no sentido de exercer pressão psíquica,

⁶⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁹ Por exemplo: ”bom”, “devido”, “correto” etc.

⁷⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 46-49.

⁷¹ *Ibid.*, p. 49-50.

desqualifica a existência de regras para aferição da validade ou invalidade dos argumentos no discurso moral⁷².

A partir dessa análise, é possível concluir que “a função da linguagem moral não se exaure com a descrição de objetos, propriedades e relações empíricas e não empíricas”⁷³. Uma fundamentação racional do discurso aponta para a necessidade de regras que pretendam alcançar respostas corretas e incorretas.

Em seguida, Robert Alexy adentra na investigação de teorias metaéticas que, diversamente das anteriores, reconhecem que o discurso moral é regido por regras. Frise-se que a compilação e a discussão dessas diversas concepções filosófico-linguísticas possuem importante papel na fundação da teoria da argumentação jurídica de Alexy. Contudo, tendo em vista os limites da presente investigação e o caráter prático da mesma, acreditamos não ser prudente ingressar nos pormenores teóricos dos diversos filósofos analisados pelo autor, mas seguir para a discussão dos seus resultados.

Da análise das concepções⁷⁴ que tratam o discurso moral como uma atividade regida por regras, Alexy apresenta resultados relevantes para o balizamento da sua própria teoria: a) a principal tarefa da teoria do discurso prático racional é elaborar as regras que regem o discurso moral, diferenciando o âmbito empírico da teoria (descrição e análise das regras dos jogos de linguagem) do seu domínio normativo (justificação das regras); b) há de se distinguir formas de argumentos de regras de argumentação; c) juízos morais são universalizáveis, pois, quem expressa uma proposição normativa pressupõe a existência de uma regra; d) sem prejuízo à sua racionalidade, a argumentação prática obedece outras regras diferentes das empregadas nas ciências naturais⁷⁵.

Posteriormente, Robert Alexy passa a analisar a teoria consensual da verdade de Habermas e a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen. Por meio dessas teorias,

⁷² *Ibid.*, p. 50-57.

⁷³ *Ibid.*, p. 105.

⁷⁴ São analisados: a) os estudos sobre a Filosofia da Linguagem, com o conceito de jogo de linguagem de Wittgenstein e a teoria dos atos de fala Austin; b) a teoria de Hare sobre a linguagem e a argumentação morais; c) as propostas teóricas da argumentação de Toulmin; e d) a análise de Baier sobre a argumentação moral.

⁷⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 58-106.

Alexy analisa o estudo da fundamentação das proposições normativas e o debate sobre sua aplicação às questões práticas. Logo após, adentra no estudo da teoria da argumentação de Chaïm Perelman e a influência na estruturação de sua teoria da argumentação jurídica.

Dos estudos de Habermas, parte-se do entendimento de que as expressões normativas (juízos de dever e juízos de valor) podem ser fundamentadas de maneira similar às proposições empíricas, de modo que a verdade dessas corresponda à correção daquelas⁷⁶.

Partindo de uma análise preliminar da distinção entre ação e discurso, Alexy conclui, com base no pensamento de Popper, que até mesmo os “enunciados básicos” podem ser falseados (não são incontestáveis), pois também possuem caráter de hipótese e dependem de uma teoria⁷⁷, ao passo que a sua aceitação se baseia em um acordo. Isso significa que até mesmo simples proposições observacionais são passíveis de perquirição para a sua comprovação discursiva. Tal entendimento se estende às proposições mais complexas, de modo que a verdade de qualquer proposição seja estabelecida mediante processo argumentativo. Como resultado dessa distinção, obtém-se a definição de “fato” como a expressão de uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente, de modo que o fato depende da linguagem e as proposições sobre fatos dependem do discurso⁷⁸.

Ainda sob a visão da teoria consensual, Habermas desenvolve a sua ideia de “consenso fundando” como critério de verdade, segundo a qual esse consenso tem por base a “força do melhor argumento”⁷⁹. Para Habermas, “um argumento é a fundamentação que nos motiva a reconhecer a pretensão de validade de uma afirmação, ordem ou valoração”⁸⁰. Isso significa que o argumento se encontra no núcleo da lógica do discurso, seja teórico, seja prático.

No contexto do ideário de Habermas, deve-se ter em vista que, se se quer ter algo como um juízo de valor, esse algo deve ser compreendido sempre como subordinado à

⁷⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 107.

⁷⁷ A palavra azul exige uma teoria das cores, assim como a palavra dezesseis exige uma teoria dos números.

⁷⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 110-112.

⁷⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 116-117.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. Wahrheitstheorien, p. 241 *apud* ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 117.

pretensão de fundamentabilidade. Disso advém o que Alexy chama de regra geral da fundamentação: “todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”⁸¹.

A regra geral de fundamentação possui estreita relação com as três regras da razão⁸², que estabelecem as seguintes exigências para que se configure a situação ideal de fala, conforme idealizada por Habermas: igualdade de direitos, universalidade e ausência de coerção. Tais regras são consideradas por Alexy as condições mais importantes para a racionalidade dos discursos, vez que expressam, no plano da argumentação, as ideias de liberdade e igualdade universal⁸³, integrando o arcabouço de regras argumentativas da sua teoria⁸⁴.

Apesar da importância das regras da razão, é preciso reconhecer que as mesmas possuem um caráter ideal e não indicam qualquer procedimento para a resolução de um determinado caso por um jurista. Tal deficiência, contudo, vem a ser complementada por outras teorias do discurso e pela teoria da argumentação de Alexy, mediante a apresentação de regras ulteriores da razão prática.

Do estudo da teoria de Habermas, Alexy conclui que a fundamentação racional também se aplica ao discurso prático (e não apenas ao teórico), pois também se mostra relevante a aplicação da pretensão de verdade (validade ou correção) de um juízo de valor ou de dever (expressão normativa) que venha a ser problematizado (ou questionado), exigindo

⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 130-132.

⁸² (1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso. (2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção. b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso. c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades. (3) Não se pode impedir a nenhum falante de exercer seus direitos estabelecidos em (1) e (2) mediante coerção existente dentro ou fora do discurso.” (*Ibid.*, 2011. p. 133).

⁸³ “Uma norma pode, em um discurso, somente então, encontrar aprovação universal, quando as consequências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada um particular podem ser aceitas por todos.” (ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26).

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 132-134.

um consenso fundado dos participantes do discurso de acordo com a regra geral de fundamentação e as regras da razão apresentadas⁸⁵.

A tentativa de aplicação do método construtivista ao campo da ética foi mérito da teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen⁸⁶. Por meio da análise das perspectivas trazidas por essa teoria, é possível agregar pontos de destaque à teoria do discurso racional: a) perquirição de um uso comum das palavras (precisão linguística), de modo que seja possível transpor do discurso prático ao de análise da linguagem quando surgir qualquer confusão linguística (clareza linguística); b) a formulação do princípio da razão prática de Schwemmer equivale à combinação do princípio da universalidade de Hare com o princípio do prescritivismo, não se podendo olvidar que outras de suas formulações também coincidem com o princípio da generalizabilidade de Habermas;⁸⁷ c) do princípio moral de Schwemmer, extraímos a ideia de que o discurso prático, além de conciliar desejos subjetivos e convicções normativas, também é ferramenta de modificação dos enunciados normativos e, por conseguinte, das concepções sobre a justificação dos desejos subjetivos;⁸⁸ d) a ideia da gênese fática e crítica é a principal contribuição da Escola de Erlangen para a construção de uma teoria do discurso racional, demonstrando ser plausível criticar uma norma presente em um discurso com referência à sua origem social e individual⁸⁹.

Dando continuidade ao estudo das teorias da fundamentação do discurso, Robert Alexy ingressa nas ideias de Chaïm Perelman, filósofo que trata a teoria da argumentação como uma teoria lógica em sentido amplo, pois afirma não pretender substituir a lógica

⁸⁵ *Ibid.*, p. 107-140.

⁸⁶ Em razão da clara complexidade de determinados pontos da teoria da Escola de Erlangen, limitaremos-nos a apresentar as principais conclusões de Robert Alexy acerca da análise da teoria e sua aplicação à teoria do discurso racional prático.

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 148.

⁸⁸ Em outras palavras, por meio da ideia do princípio moral, compreendemos que a tarefa do discurso prático funda-se na superação da subjetividade das concepções normativas faticamente existentes, de modo que possamos trabalhar sobre nossos desejos e discipliná-los de modo que nossa decisão de como atuar seja justificável (*Ibid.*, p. 150).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 141-155.

formal, mas complementá-la, agregando a ela um campo do raciocínio pouco explorado, o raciocínio prático⁹⁰.

Conceito central das ideias de Perelman é o de auditório, caracterizado como o conjunto daqueles a quem o orador quer influenciar com sua argumentação⁹¹, cuja finalidade é obter ou fortalecer a adesão do auditório. Como o orador deve adequar o seu discurso ao auditório, Perelman defende que a argumentação é uma função do auditório⁹².

O auditório, então, é o responsável por distinguir a argumentação da demonstração. Sobre a prova da demonstração, o auditório não exerce influência, por ser pura dedução lógica (a fórmula provê um resultado)⁹³. Sobre a prova da argumentação, exige-se que o auditório adira às premissas e a cada etapa da prova, autorizando o avanço do raciocínio⁹⁴.

Com base nas concepções acima apresentadas, Alexy entende que a ideia de auditório de Perelman é importante para embasar a construção de uma teoria normativa da argumentação, pois, sendo o auditório parte fundamental do discurso, o valor (qualidade) de um argumento (também) pode ser estabelecido conforme o valor do auditório a que se dirige (e não apenas pela sua eficácia-sopesamento quantitativo de prós e contras)⁹⁵.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 157-158.

⁹¹ Perelman não limita o conceito de auditório ao conjunto daqueles que recebem de fato o discurso, mas amplifica a noção de auditório com um contorno fluido e ampliado. O conceito de auditório passa a ser, portanto, uma construção do orador, ou seja, um conjunto daqueles a quem o orador visa ganhar a adesão ao construir o seu discurso. Isso significa que, ao discursar, o orador, além de argumentar, deve definir o seu auditório, ou seja, a quem o discurso é dirigido. Aqui também, é preciso deixar claro que o auditório não é uma simples e independente construção do orador, pois é em função dele que o discurso se constrói. Por isso, não se compreende o auditório independentemente do orador e vice-versa, pois ambos são fundamentais a qualquer argumentação

⁹² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 159.

⁹³ Na demonstração, “a prova é evidente, ela obriga a mente a aderir, não deixando qualquer espaço para a liberdade de assentimento, para a escolha justificada.” (ALVES, Marco Antônio Sousa. *op cit.*, p. 45).

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 159-160.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 161-162.

A partir desse conceito de auditório⁹⁶, Perelman apresenta a ideia de auditório universal⁹⁷, que possui correspondência com a situação ideal de fala de Habermas, enfrentando problemas muito semelhantes, vez que o acordo de todos não se pode alcançar nunca. Apesar disso, visando sua aplicação à argumentação racional prática, a ideia de auditório universal assume, pelo menos, dois componentes de significado compatíveis: i) o auditório que um indivíduo ou uma sociedade forma como característico (auditório universal concreto); ii) o conjunto de todos os homens como seres que argumentam, ou seja, racionais, sem limites, nem espaciais nem temporais (auditório universal ideal)⁹⁸.

Diante dessas considerações, Robert Alexy destaca, como de especial interesse para a sua teoria, determinados pontos do trabalho de Chaïm Perelman: a) por pretender determinar o valor dos argumentos (parte normativa) e analisar as estruturas dos argumentos (parte analítica), sua investigação pertence à lógica; b) normas podem ser válidas e racionalmente generalizadas (auditório universal); c) racionalidade e universalidade estão vinculadas, mas o enquadramento temporal e espacial de determinado grupo, suas concepções e atitudes também influem na argumentação, pois esta não pode partir do nada; d) isso significa que nem sempre é possível apresentar um resultado único e correto definitivamente, exigindo abertura para a crítica e a tolerância⁹⁹.

Na sequência, Alexy passa a sintetizar, com base na discussão precedente¹⁰⁰, os resultados de seus estudos em uma teoria do discurso prático geral. Para tanto, devemos partir da conclusão de que o discurso prático geral constitui um conjunto de ações interconectadas

⁹⁶ Analisando o conceito de auditório particular, podemos compreender melhor o que constitui o auditório universal. O auditório particular implica um enquadramento temporal e espacial de um grupo particular, delimitado. O que é aceito em um auditório particular, tem eficácia apenas dentro dele, razão pela qual é possível convencer determinado auditório e não obter sucesso em outro (Ibid., p. 62-63).

⁹⁷ Vemos, então, que o auditório universal se apresenta como um caso limite, uma idealização do orador, constituído de um conjunto sempre potencialmente aberto, do qual fazem parte todos os seres racionais. Por tal razão, tal auditório não é real e nunca se realiza efetivamente (Ibid., p. 63-65).

⁹⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 160-164.

⁹⁹ Ibid., p. 165-173.

¹⁰⁰ Por isso, a fim de garantir a correta compreensão da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, não pudemos deixar de apresentar uma sinopse da análise das diversas teorias que fundamentam o seu pensamento.

no qual se comprova a verdade ou a correção de proposições normativas¹⁰¹, ao passo que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que ocorre sob certas condições limitadas (lei, dogmática, precedente e, nas disputas judiciais, pelo processo), o que ficará mais claro adiante¹⁰².

A teoria do discurso racional deve ser entendida como uma teoria do discurso normativa, pois, por meio dela, se propõem e fundamentam critérios (regras) para a fundamentação do discurso racional. Ou seja, tais regras podem ser tratadas como normas (do discurso) para a justificação racional de normas (práticas). A possibilidade de encontrar tais regras é contemplada por meio de quatro vias: técnica, empírica, definitória e pragmático-universal¹⁰³.

A fundamentação técnica consiste em considerar as regras do discurso como “regras que prescrevem os meios para determinados fins”¹⁰⁴. Contra essa forma de fundamentação, duas objeções são apresentadas: a) como o fim também deve ser fundamentado, questiona-se sob quais regras isso poderá ser feito, já que o fim é que justifica as regras; b) um fim capaz de fundamentar todas as regras do discurso teria de ser muito genérico (o que poderia fazer com que duas normas antagônicas fossem igualmente justificáveis) ou definível mediante o próprio cumprimento das regras (ou seja, as regras cumpridas definiriam o fim)¹⁰⁵.

A fundamentação empírica se respalda por meio de regras que regem de fato, ou seja, que são parte da convicção normativa existente, sendo seguidas em medida suficiente. A crítica contra essa forma de justificação está na falta de comprovação da racionalidade de uma prática existente na sociedade, pois, embora a norma possa ser seguida e respeitada, não temos garantias de que a mesma é, de fato, racional¹⁰⁶.

¹⁰¹ O jusfilósofo esclarece que a sua teoria também oferece bases a uma teoria do discurso interno (reflexões de uma pessoa em que se consideram os possíveis contra-argumentos dos oponentes fictícios), mas isso exigiria considerações e fundamentações adicionais (Ibid., op. cit., p. 179).

¹⁰² Ibid., op. cit., p. 177-179.

¹⁰³ Ibid., op. cit., p. 180-185.

¹⁰⁴ Ibid., op. cit., p.180.

¹⁰⁵ Ibid., op. cit., p. 180-181.

¹⁰⁶ Ibid., op. cit., p. 182-183.

A fundamentação definitiva prevê que a apresentação do conjunto de regras que definem uma prática seja tomada como motivação da decisão de aceitá-lo. Ou seja, para legitimação do sistema de regras não são apresentadas outras razões além da própria formulação e introdução das próprias regras. A aplicação dessa forma de fundamentação não exclui a utilização de outros modos de fundamentação (técnica e analítica), mas apresenta certo grau de arbitrariedade ao considerar a norma posta como suficiente em si mesma¹⁰⁷.

A fundamentação pragmático-universal indica que a validade de certas regras é exigência de possibilidade de comunicação da linguagem, ou seja, tais regras estão pressupostas de maneira geral e necessária na comunicação linguística ou são típicas de formas de comportamento particularmente humano. A possibilidade de fundamentação por meio desse procedimento gera questões extremamente nebulosas, aplicáveis apenas a poucas regras fundamentais¹⁰⁸.

Sem a pretensão de haver esgotado a análise das quatro vias de fundamentação, Robert Alexy conclui que nenhuma delas está isenta de pontos frágeis, o que não significa que não tenham apresentado contribuições importantes para o desenvolvimento de uma teoria da fundamentação racional prática baseada em regras. Para o autor, um discurso sobre as regras do discurso deve ser designado como discurso teórico-discursivo, cuja determinação das formas de aplicação (mediante regras fundamentadas ou não) é de responsabilidade dos participantes do discurso¹⁰⁹.

4.2.1 As regras e as formas do discurso prático geral

A seguir, serão elencadas as regras e formas que definem o discurso prático geral racional propostas por Robert Alexy como resultado de sua investigação¹¹⁰. Algumas delas aplicam-se apenas ao discurso prático, outras a outras formas de discurso, definindo obrigações, proibições e permissões. Certas regras devem ser cumpridas estritamente e outras apenas o podem de modo aproximado. Há regras aplicáveis apenas à argumentação prática e

¹⁰⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 183-184.

¹⁰⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 184-185.

¹⁰⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 185-186.

¹¹⁰ O autor faz questão de salientar que um dos reais objetivos de sua investigação é tornar os defeitos desse conjunto de regras e formas, ou do resultado de sua aplicação, mais claros. Isso pode contribuir para a construção de um código da razão prática mais completo e menos falho (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 187).

outras que atuam na transição para outras formas de discurso. Ademais, é preciso diferenciar as formas de argumento das regras da argumentação¹¹¹.

Partiremos, então, para a exposição dos grupos de regras e formas estabelecidas por Alexy.

4.2.1.1 As regras fundamentais

Em qualquer discurso que trate da verdade ou da correção, exige-se que a aplicação desse grupo de regras seja válida¹¹². Vejamos:

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.

(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

(1.3) Todo falante que aplique um predicado P a um objeto O deve estar disposto a aplicar P também a qualquer objeto igual a O em todos os aspectos relevantes.

(1.3') Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados¹¹³.

Em suma, tais pontos nos remetem às regras da lógica (1.1)¹¹⁴; à observância da sinceridade na discussão (1.2)¹¹⁵; à atuação coerente do falante (1.3), inclusive quando

¹¹¹ *Ibid.*, op. cit., p. 186-187.

¹¹² Conforme aduz Robert Alexy, “[...] quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta. No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso. Os enunciados jurídicos formulam, portanto, como os enunciados normativos gerais, uma pretensão de correção [...]” (*Ibid.*, op. cit., p. 212).

¹¹³ *Ibid.*, op. cit., p. 287.

¹¹⁴ Alexy fala com naturalidade acerca dessa característica, refutando possíveis críticas quanto à insuscetibilidade à verdade das proposições normativas, sugerindo que, no lugar de valores como “verdadeiro” e “falso” (típicos da lógica formal), sejam utilizados valores como “válido” ou “inválido” (aplicáveis ao discurso prático), ou “lícito” ou “ilícito” (aplicáveis ao discurso jurídico) (*Ibid.*, op. cit., 187-188).

expressa juízos de valor (1.3'); e ao estabelecimento de uma comunidade de uso da linguagem (1.4), de forma que a fala sejam mantida com clareza e sentido. Em razão do caráter elementar dessas regras para a realização racional do discurso, as mesmas são chamadas fundamentais¹¹⁶.

4.2.1.2 As regras de razão

Discursos práticos ocorrem mediante a fundamentação de asserções, que podem se referir a enunciados normativos, refutações, contestações de perguntas ou justificação de propostas. Assim, quem afirma algo também deve pretender que seja fundamentável, ou seja, deve haver uma pretensão de fundamentabilidade no discurso¹¹⁷.

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

(2.1) Quem pode falar pode participar do discurso.

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades¹¹⁸.

Embora não a acrescente à tabela de regras e formas, Alexy apresenta uma regra completar de número (2.3), que estabelece que “[a] nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em 2.1 e 2.2, mediante coerção interna e externa ao discurso ao

¹¹⁵ Sem essa regra, mentir não seria possível, pois, se não se pressupor a sinceridade do discurso, não se pressupõe que haja o contrário. Vale destacar que esse postulado não limita a realização de conjecturas, desde que as mesmas sejam apontadas como tais (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 188-189).

¹¹⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 187-190.

¹¹⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 190.

¹¹⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 287-288.

longo da exposição”¹¹⁹. Apesar de apresentá-la juntamente com os demais postulados, o jusfilósofo questiona sua aplicação como regra, salientando que a mesma, na verdade, deveria ser entendida como uma condição para a realização de (2.1) e (2.2), o que lhe confere um status especial¹²⁰.

O mandamento concebido em (2) representa a chamada “regra geral de fundamentação”. Já os postulados (2.1)-(2.3) apresentam um critério hipotético-normativo¹²¹ para a fundamentação de proposições normativas, razão pela qual podem ser cumpridos apenas de maneira aproximada nas discussões práticas. Tais regras definem, portanto, condições mais relevantes para a racionalidade da argumentação, razão pela qual são chamadas de “regras de razão”¹²².

4.2.1.3 As regras sobre a carga de argumentação

Das regras de razão concluímos que qualquer um pode problematizar uma asserção, o que pode ser feito por meio de um simples “por quê?”. Certo é que o grau de responsabilidade na justificação de enunciados normativos é satisfatoriamente regulado pelas regras até aqui apresentadas. O mesmo não se pode dizer quanto à carga de fundamentação relativa a perguntas ou à expressão de dúvidas. Para tanto, como resultado do princípio da universalidade (1.3’) e da regra de fundamentação (2), Alexy elenca o que denomina de “regras sobre a carga de fundamentação”:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.

¹¹⁹ *Ibid.*, op. cit., p. 191.

¹²⁰ *Ibid.*, op. cit., p. 191-192.

¹²¹ Faticamente, não é possível considerar um caso em que os participantes do discurso exerçam as prerrogativas reguladas em (2.1) e (2.2), assim como se supõe impossível obter a ausência de coerção demandada por (2.3). Justifica-se a utilização dessas regras como paradigma ideal que norteia a busca pela racionalidade do discurso prático, funcionando, então, como uma ferramenta de crítica às restrições de direitos e oportunidades dos participantes do discurso, que não sejam fundamentáveis (*Ibid.*, op. cit., p. 192).

¹²² *Ibid.*, op. cit., p. 192-193.

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentam como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação¹²³.

O teor dessas regras privilegia a igualdade (3.1); a opinião ou a práxis tida como aceita (que não pode ser abandonada sem motivo e, para ser questionada, precisa de uma razão) (3.2); a inadmissibilidade de que se possa exigir continuamente a apresentação de razões pelo interlocutor (se este já apresentou um argumento, não está obrigado a apresentar outro até que se lhe oponha um contra- argumento) (3.3); a possibilidade de aproveitar (ou averiguar a relevância) no discurso asserções e comentários sobre as opiniões, os desejos e as necessidades de um falante, conforme as prerrogativas (2.2.b) e (2.2.c), mediante a apresentação de fundamentação (3.4)¹²⁴.

4.2.1.4 As regras de fundamentação

Apesar da ampliação da racionalidade proporcionada pelas formas de argumentos, aplicáveis ao discurso prático, (4.1)-(4.6), sua utilização possibilita justificar qualquer enunciado normativo e qualquer regra. Isso demanda que continuemos na busca por regras de fundamentação realizadas com essas formas¹²⁵.

Robert Alexy apresenta, assim, um conjunto de regras resultantes das variações do princípio da generalidade. Essas regras são obtidas com base nos postulados de: Hare ([5.1.1] como resultado da aplicação de [1.3'] e do princípio da prescritividade); Habermas ([5.1.2]

¹²³ *Ibid., op. cit.*, p. 288.

¹²⁴ *Ibid., op. cit.*, p. 194-195.

¹²⁵ *ibid., op. cit., loc. cit.*

como resultado ideal da aplicação de [2.1]-[2.3] e do princípio da igualdade de direitos); Baier ([5,1,3] como uma concreção de [1.2] e da exigência de abertura e sinceridade)¹²⁶.

Apesar de encerrarem um reforço às regras fundamentais e às regras de razão, (5.1.1)-(5.1.3) não garantem a racionalidade do acordo. A questão é que não se vislumbra ser possível estabelecer um procedimento que guie, em cada caso, a um acordo racional. A busca, portanto, segue no sentido de estabelecer procedimentos que visem nos guiar no sentido da racionalidade. Em suma, isso foi proposto por Habermas e pela Escola de Erlangen sob a plataforma da gênese crítica, de modo que a construção dos sistemas de regras morais seja reconstituída pelos participantes do discurso coletiva (5.2.1) e individualmente (5.2.2)¹²⁷.

Por fim, o discurso prático é utilizado para a solução de questões práticas realmente existentes e que demandam resultados que também possam ser aplicados na prática (5.3)¹²⁸.

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral.

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra

¹²⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 200.

¹²⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 201-202.

¹²⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 202.

moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados¹²⁹.

As regras (5.1)-(5.3) definem o conteúdo dos enunciados e das regras a fundamentar, razão pela qual são chamadas “regras de fundamentação”¹³⁰.

4.2.1.5 As regras de transição

As regras até aqui apresentadas mostram que são muitos os problemas dos discursos práticos que não podem ser resolvidos pelos meios da argumentação prática geral. Trata-se de problemas de fato (discurso teórico), dificuldades linguísticas (falhas de comunicação) e questões relativas à própria discussão prática (discurso sobre a teoria do discurso). Em casos assim, deve-se estabelecer regras que permitam passar a outras formas de discurso¹³¹.

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso¹³².

Portanto, (6.1)-(6.3) são formuladas como “regras de transição”.

¹²⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 289.

¹³⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 203.

¹³¹ *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³² *Ibid.*, *op. cit.*, p. 289.

4.3 A tese do caso especial

Antes de adentrar no estudo das regras e das formas do discurso jurídico sugeridas por Alexy com base na análise das diversas teorias apresentadas, nas considerações sobre as regras e as formas do discurso prático geral e na formulação de sua própria teoria da argumentação jurídica, é necessário verificar até que ponto tais regras e formas do discurso prático geral se aplicam ao discurso jurídico e de que modo este se diferencia daquele, caso contrário, todo esse esforço sinóptico terá sido absolutamente em vão para os fins da investigação ora intentada.

Para Alexy, “[a] questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico”¹³³. Não são poucos os tipos de discussão jurídica existentes: polêmicas dogmáticas (discussões da Ciência do Direito); debates de juízes e órgãos jurisdicionais colegiados; ponderações de questões jurídicas nos órgãos legiferantes (parlamentares, comissões e conselhos); discussões jurídicas entre estudantes, advogados, setores jurídicos empresariais ou governamentais; debates sobre questões de direito entre cidadãos ou meios de comunicação nos quais seja possível introduzir argumentos jurídicos. Em todos esses casos, vê-se um ponto em comum capaz de caracterizar o que chamamos de argumentação jurídica: a vinculação ao direito vigente. Os conflitos jurídicos, portanto, não submetem todas as questões à análise, mas ocorrem sob certas limitações (temporais, espaciais, legais, institucionais, processuais etc), que variam de acordo com as diversas formas de discussão¹³⁴.

Por meio da tese do caso especial, Alexy defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, baseando-se, para tanto, em três razões: 1) ambos os discursos se referem ao que é obrigatório, proibido ou permitido¹³⁵, ou seja, a questões de ordem prática; 2) no discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, há uma

¹³³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 209.

¹³⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 209-210.

¹³⁵ Para Alexy “o ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido” (ALEXY, Robert. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. 1988. p. 149. disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>>. Acesso em: 13 maio. 2013).

pretensão de correção; (as duas primeiras razões são semelhanças entre o discurso prático geral e a argumentação jurídica) e 3) o discurso jurídico se faz com base nas limitações anteriormente mencionadas (ou seja, não se refere ao que é absolutamente correto, mas o que é correto segundo o arcabouço da ordem jurídica validamente vigente)¹³⁶.

O cerne da tese do caso especial aponta que a pretensão de correção também se aplica ao discurso jurídico, mas, diferentemente de sua formulação no discurso prático geral, não se dirige à racionalidade dos enunciados normativos em questão, mas à sua fundamentação racional dentro do ordenamento jurídico vigente¹³⁷.

A necessidade de aplicação de regras e formas especiais de discurso nas questões de ordem jurídica surge da debilidade das regras e das formas aplicáveis ao discurso prático geral, que, muitas vezes, definem um processo decisório que não chega a resultados concretos ou não consegue segurança efetiva aos resultados obtidos. Isso se dá por três motivos: 1) as regras do discurso prático geral não estabelecem as premissas das quais se devem partir; 2) nem todas as etapas da argumentação estão fixadas; 3) algumas regras do discurso só podem ser obedecidas aproximadamente, existindo sempre a possibilidade de não se obter acordo (há um grande espectro para o possível discursivamente)¹³⁸

Diante dessa situação e da necessidade de obter decisões de fato para as questões jurídicas, torna-se justificável adotar um procedimento que limite o possível discursivamente de modo racional, a exemplo das normas jurídicas (materiais e processuais) adotadas com base no princípio da representação democrática da maioria¹³⁹.

Contudo, conforme já apontado neste trabalho, em muitos casos a decisão jurídica não pode ser deduzida das leis, dos costumes ou dos precedentes, justificando-se isso em, pelo menos, quatro razões fundamentais: 1) a imprecisão da linguagem do Direito; 2) os possíveis conflitos entre normas; 3) a inexistência de normas válidas para determinadas questões que demandam apreciação jurídica; e 4) casos especiais que permitam julgar em detrimento do

¹³⁶ Em outras palavras, é possível dizer que a argumentação jurídica deve estar vinculada às leis, aos precedentes e à observância do sistema Jurídico elaborado pela dogmática.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 211-217.

¹³⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 279-280.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 280.

teor literal da norma. Em decorrência disso, a adoção de uma linha pautada unicamente na argumentação prática geral é insuficiente para superar, fundamentadamente, esses casos complexos, tornando racional a necessidade da adoção de regras e formas especiais da argumentação jurídica, sua incorporação à Ciência do Direito e, especialmente, sua inserção no cenário dos precedentes judiciais¹⁴⁰.

Assim, a argumentação jurídica mantém-se atrelada à argumentação prática geral, numa relação de dependência, uma vez que os argumentos práticos de tipo geral continuam sendo aplicáveis ao discurso jurídico (o que torna impossível eliminar completamente a incerteza), mas também argumentos especiais (típicos da fundamentação jurídica) são introduzidos de forma complementar, visando elevar consideravelmente a certeza dos seus resultados com base em um discurso jurídico institucionalizado como Ciência do Direito¹⁴¹.

O vínculo entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral mostra-se ainda mais evidente pela similitude entre as estruturas de regras e formas características de ambos os discursos. A uma, tais regras e formas de fundamentação subordinam-se ao princípio da universalidade¹⁴² no discurso prático geral, o que equivale ao princípio da isonomia (justiça formal) no discurso jurídico, ambos compondo a estrutura básica de justificação interna da argumentação. A duas, a argumentação empírica¹⁴³ se aplica a ambos os discursos quando, apesar da certeza normativa, há discussão sobre os fatos. A três, certas formas de interpretação adotadas na argumentação jurídica são variantes de formas de argumentos práticos de tipo geral. A quatro, é possível entender a Ciência do Direito como a institucionalização do discurso prático sob a vigência de um ordenamento jurídico, ampliando o grau de certeza dos resultados obtidos por meio do reforço à consistência do discurso (baseada nos princípios da não contradição¹⁴⁴, da universalidade¹⁴⁵ e da inércia¹⁴⁶ e na regra

¹⁴⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴² Regra (1.3’): “Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes.”

¹⁴³ Regra (6.1): “Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).”

¹⁴⁴ Regra (1.1): “Nenhum falante pode contradizer-se.”

¹⁴⁵ Regra (1.3’): “Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes.”

da razão¹⁴⁷. A cinco, há coincidência entre o fundamento do uso do precedente (objeto de estudo desse trabalho) na argumentação jurídica e a combinação entre os princípios práticos da universalidade e de inércia. A seis, por fim, as formas de argumentos jurídicos especiais correspondem a variantes de regras, formas e argumentos práticos gerais¹⁴⁸.

Em decorrência das conexões acima destacadas, observamos que, além de haver coincidência estrutural entre os discursos, há também a necessidade de utilização de argumentos práticos (e princípios) gerais no discurso jurídico. Não obstante a aproximação e da dependência entre os discursos aqui evidenciada, a argumentação jurídica deve continuar sendo vista como caso especial da argumentação prática geral, pois se dá de acordo com regras e formas especiais, e sob condições especiais (que lhe conferem maior eficácia na busca de certeza)¹⁴⁹.

A proposta apresentada por Alexy, portanto, implica na adoção de critérios mais fortes do que os presentes no discurso prático geral para fundamentar a adoção racional da argumentação jurídica como meio de perseguição da correção de enunciados normativos. Assim, a teoria da argumentação jurídica de Alexy é explicada “mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula”¹⁵⁰, de modo que o resultado alcançado em uma discussão que obedeça a esses postulados possa ser designado como “correto”. Ou seja, essas regras e formas são aplicáveis como um critério de correção para a aplicação racional dos

¹⁴⁶ Regras (3.1): “Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.”; e (3.2): “Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso”.

¹⁴⁷ Regra (2.2): “(a) Todos podem problematizar qualquer asserção; (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.”

¹⁴⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 281-283.

¹⁴⁹ Fala-se em maior eficácia na busca de certeza e não em resultados absolutamente corretos porque, embora a argumentação jurídica se realize sob regras, formas e condições especiais, a mesma, conforme demonstrado, sempre manterá uma relação de dependência com a argumentação prática geral, enquanto caso especial que é, estando, portanto, sujeita (ainda que de forma consideravelmente amenizada) às debilidades do discurso prático geral, que nunca poderão ser eliminadas (a limitação racional do discursivamente possível sob regras representa, para a Teoria do Discurso, um limite, que ela própria não pode exceder) (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 30; e ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 284).

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 285.

enunciados normativos, a realização racional do processo decisório e a produção racional das decisões judiciais¹⁵¹.

4.4 As regras e as formas do discurso jurídico

A argumentação jurídica trata da fundamentação de um caso especial de enunciados normativos: as decisões jurídicas. Essa justificação deve ser observada sob dois prismas: justificação interna (decorrência lógica entre a decisão e as premissas da fundamentação) e justificação externa (correção das premissas)¹⁵².

Observamos, assim, que, no discurso jurídico, exige-se que as proposições normativas sejam racionalmente fundamentadas de acordo com o ordenamento jurídico vigente (não havendo uma pretensão, como ocorre no discurso prático geral, de absoluta racionalidade).

No que tange à justificação interna, Alexy apresenta os principais resultados decorrentes do estudo do silogismo jurídico¹⁵³.

A forma mais simples de fundamentação interna (J.1.1) diz respeito à observância de regras universais (1.3'), como base para o princípio da justiça formal (isonomia)¹⁵⁴, tendo tal estrutura:

- (J.1.1) .(1) (x) (Tx → ORx)
 .(2) Ta
 .(3) ORa (1),(2)

[...] Um exemplo disso seria:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço [...]

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 285-286.

¹⁵² *Ibid.*, p. 219.

¹⁵³ A norma aplicável ao caso como resultado do raciocínio dedutivo jurídico mediante a combinação de duas premissas: a norma e fato.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219-220.

(2) O senhor M é um soldado.

(3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço. (1) (2)¹⁵⁵.

Vemos que o uso de uma regra na fundamentação jurídica demanda que a decisão resulte logicamente dessa regra. Por isso, como a materialização do princípio da universalidade no discurso jurídico, é possível observar as seguintes regras.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições¹⁵⁶.

Essas regras cabem para fundamentar casos nos quais haja norma de direito positivo e também nos quais não haja, quando, então, da lei, deve-se construir a regra¹⁵⁷.

A forma acima constitui a forma mais simples de justificação interna, o que a torna inadequada para casos mais complexos, por exemplo: uma norma depende de outras normas para ser compreendida; quando são possíveis vários resultados jurídicos; quando uma norma é passível de interpretações diversas. Disso, decorre a terceira regra de justificação interna, cuja combinação com (J.2.2) proporciona uma forma (J.1.2) de justificação interna simplificada e geral:¹⁵⁸

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou um M', deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

[...]

(J.1.2) .(1) (x) (Tx → ORx)

¹⁵⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁵⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁵⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 221-224.

.(2) $(x) (M1x \rightarrow Tx)$

.(3) $(x) (M2x \rightarrow M1x)$

.(4) $(x) (Sx \rightarrow Mnx)$

.(5) Sa

.(6) ORa (1)-(5)¹⁵⁹

Observando (J.1.2), surge a questão sobre a quantidade necessária de etapas de desenvolvimento do processo de justificação. Apesar da complexidade e da demora decorrentes da efetuação de um grande número de passos, o efeito clarificador de tal conduta torna racional exigir a observância de duas outras regras¹⁶⁰:

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

[...]

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de passos de desenvolvimento¹⁶¹.

Saliente-se que as regras e formas até aqui estabelecidas designam a estrutura formal da justificação jurídica, privilegiando a segurança da universalidade e da isonomia, razão pela qual podemos chamá-las de “regras e formas da justiça formal”¹⁶².

É importante notar também que a previsão de (J.2.2) não implica a utilização exclusiva de normas anteriormente fornecidas para a fundamentação jurídica. Em verdade, os casos mais complicados exigem, muitas vezes, a adoção de uma série de premissas que não advém de leis. O procedimento de justificação interna nos permite perceber que não são poucos os casos em que a norma inicial utilizada não se remete ao direito positivo, explicitando a

¹⁵⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 224-225.

¹⁶⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 225-226.

¹⁶¹ *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶² *Ibid.*, *op. cit.*, p. 226.

exigência de justificação externa, cujo papel é fundamentar as premissas que não advém de leis¹⁶³.

Enquanto justificadoras internas, (J.1.1)-(J.2.5) garantem maior grau de racionalidade quanto à adoção das premissas. São as justificadoras externas que respondem pelo juízo sobre a racionalidade de uma decisão¹⁶⁴.

As premissas utilizadas na justificação interna podem ser de três tipos: 1) regras de direito positivo (devem estar em conformidade com o ordenamento jurídico); 2) enunciados empíricos (verificáveis por métodos das ciências empíricas, máximas de presunção racional e regras do ônus da prova no processo); 3) premissas que não são nem regras de direito positivo nem enunciados empíricos (aplica-se a argumentação jurídica)¹⁶⁵.

O papel da justificação externa volta-se para as premissas enquadradas no terceiro ponto, ao passo que suas formas de argumento e regras de justificação podem ser assim subdivididas: 1) interpretação da lei; 2) dogmática (Ciência do Direito); 3) precedentes; 4) argumentação prática geral (razão); 5) argumentação empírica¹⁶⁶; 6) formas especiais de argumentos jurídicos¹⁶⁷.

Os cânones de interpretação, enquanto formas de argumentos, têm como principal atribuição a fundamentação da interpretação de normas positivas, normas não positivas e outros enunciados jurídicos. Seu papel, portanto, é justificar como, a partir de uma norma (R) e de uma regra de uso das palavras (W), é possível obter uma regra concreta (R'). Segundo

¹⁶³ *Ibid.*, op. cit., loc. cit.

¹⁶⁴ *Ibid.*, op. cit., p. 228.

¹⁶⁵ *Ibid.*, op. cit., loc. cit.

¹⁶⁶ A argumentação empírica assume especial relevância na argumentação jurídica, por meio da presença constante de enunciados empíricos que promovem uma cooperação interdisciplinar (Economia, Sociologia, Psicologia, Medicina etc) para a resolução de questões jurídicas. Sua importância é destacada pela regra de transição (6.1) do discurso prático geral (*Ibid.*, op. cit., p. 230-231).

¹⁶⁷ *Ibid.*, op. cit., p. 229.

Alexy, destacam-se os grupos de interpretação: semântica (J.3)¹⁶⁸, genética (J.4)¹⁶⁹, teleológica (J.5)¹⁷⁰, histórica¹⁷¹, comparativa¹⁷² e sistemática¹⁷³.

É preciso destacar que, dependendo do argumento utilizado, os resultados da aplicação dos cânones de interpretação podem ser diferentes, ensejando o estabelecimento de regras de ponderação (J.8) que determinem o prevalecimento de argumentos semânticos e genéticos em relação aos demais (J.7), e também regras que estendem a vigência do princípio da universalidade (1.3') e da liberdade ([2.2.a] e [2.2b]) aos argumentos interpretativos (J.9).

[...] Formas da interpretação semântica

(J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R, com base em Wi.

(J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R com base em Wk.

(J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem Wi nem Wk.

[...] Formas da interpretação genética

(J.4.1) .(1) R' (= R W I) é querido pelo legislador

(2) R'

(J.4.2) .(1) Com R o legislador pretende alcançar Z

.(2) $\neg R' (= R W I) \rightarrow \neg Z$

¹⁶⁸ O argumento semântico corresponde à justificação, à crítica ou à aceitação da possibilidade de se obter uma interpretação R' de R com base no uso da linguagem (natural ou técnica) (W) (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 232).

¹⁶⁹ O argumento genético corresponde à justificação de obtenção de uma interpretação R' de R em razão da vontade do legislador (direta ou finalisticamente perseguida) (W) (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 234).

¹⁷⁰ O argumento teleológico considera os fins “racionais” ou prescritos “objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente”, estabelecendo uma relação teleológica entre normas, fins e princípios (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 238).

¹⁷¹ O argumento histórico corresponde à exposição de fatos relativos à história da questão jurídica abordada, destacando pontos a favor e contra, de modo a justificar a adoção ou não de determinada aplicação da norma (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 237).

¹⁷² O argumento comparativo se refere não à aplicação anterior de uma norma, mas o seu modo de utilização em outra sociedade (*Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*).

¹⁷³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 231-242.

.(3) R'

[...] Forma fundamental da interpretação teleológica

(J.5) .(1) OZ

.(2) $\neg R' (= R \ W \ I) \rightarrow \neg Z$

.(3) R'

[...] Não se elaboram formas da interpretação histórica, comparada e sistemática.

[...] Regras

(J.6) Deve ser saturada¹⁷⁴ toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação¹⁷⁵.

Como conceito de dogmática do Direito, Alexy visualiza um conjunto de enunciados jurídicos (referentes às leis e à sua aplicação), mas que não se confundem com sua descrição, pois coexistem numa relação de dependência recíproca, geram-se e discutem-se no interior de uma Ciência do Direito que opera institucionalmente e têm conteúdo normativo. O papel da

¹⁷⁴ O requisito de saturação exige que um argumento de uma forma contenha todas as premissas pertencentes a esta forma para ser considerado completo. As premissas que precisam ser saturadas são de diferentes tipos, especialmente empíricas e normativas (que não se extraem da lei). A regra (J.6) protege a racionalidade do uso dos cânones de interpretação, evitando que se afirme que um argumento é resultado de uma interpretação literal, por exemplo (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 242-243).

¹⁷⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 291-292.

dogmática dentro do discurso jurídico pode ser observado pelo desempenho de funções de: 1) definição dos “conceitos jurídicos genuínos” (contrato, ato administrativo, legítima defesa); 2) definição de outros conceitos (falso, função social da propriedade); 3) expressão de normas não extraídas da lei; 4) descrição e caracterização de estados de coisas; 5) formulação de princípios (enunciados com alto grau de generalidade)¹⁷⁶.

Da definição acima adotada, observamos que os enunciados dogmáticos não podem derivar logicamente apenas de normas jurídicas nem somente de enunciados normativos. Não há objeções a que um enunciado dogmático seja fundamentado com base em outro enunciado do mesmo tipo, que também deverá ser fundamentado. Nesse esforço de justificação, em algum momento, acabam os enunciados dogmáticos, exigindo-se, para a sua fundamentação, a utilização de outros argumentos, que, em razão do teor normativo dos enunciados dogmáticos, terão de ser do tipo prático geral (J.10)¹⁷⁷.

Não obstante a constatação da necessidade de utilização de argumentos práticos gerais para fundamentar enunciados dogmáticos, o que os diferencia dos demais enunciados com teor normativo é a possibilidade de comprovação sistemática, que efetua um duplo controle de consistência (J.11). Ainda conforme Alexy, os papéis de estabilização¹⁷⁸, progresso¹⁷⁹, descarga¹⁸⁰, técnica¹⁸¹, controle e heurística¹⁸² desempenhados pelos argumentos dogmáticos,

¹⁷⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 247-256.

¹⁷⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 256-257.

¹⁷⁸ Por meio da função de estabilização, os enunciados normativos fixam e reproduzem determinadas soluções de questões práticas anteriormente submetidas à análise, evitando a necessidade de discutir a questão novamente a cada caso (o que, inclusive, poderia gerar resultados incompatíveis) de modo a privilegiar o princípio da universalidade e da justiça formal. Isso não implica que, uma vez aceito, um enunciado dogmático será cristalizado, mas que o mesmo representa um paradigma, cuja superação exige nova e superior justificação (princípio da inércia de Perelman) (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 261-262).

¹⁷⁹ O progresso na dogmática é proporcionado por meio da discussão jurídica que se perfez em todos os meios da Ciência do Direito com base no papel do cientista, do legislador e das mudanças de valores da sociedade (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 262-263).

¹⁸⁰ A função de descarga ocorre mediante a adoção de enunciados já comprovados e aceitos (provisoriamente, pois os mesmos tem aceitação contingente) nas fundamentações dogmáticas sem a necessidade de nova comprovação. Ou seja, essa função dispensa a observância de certa carga de argumentação, contribuindo para a otimização de decisões judiciais (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 263).

¹⁸¹ A função técnica tem um caráter de promoção do ensino e da aprendizagem jurídica, amplificando sua capacidade de transmissão (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 264).

destacam a imperiosidade da utilização desse tipo de argumento no contexto do discurso jurídico (J.12)¹⁸³.

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado com mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto no sentido estrito¹⁸⁴ como em sentido amplo¹⁸⁵.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados¹⁸⁶.

Além dos cânones da interpretação e da dogmática, Robert Alexy destaca, com base nos princípios da universalidade e da justiça formal, a importância do uso dos precedentes no discurso jurídico. A dificuldade que de imediato pulula é a impossibilidade de que dois casos sejam completamente iguais. Isso, contudo, não diminui a racionalidade da utilização do precedente, especialmente se rememorarmos os limites que cercam a argumentação prática geral, informando sobre a impossibilidade de encontrar sempre exatamente um mesmo e único resultado correto. A utilização de precedentes, portanto, privilegia a consistência da argumentação (J.13), cabendo, a quem desejar modificá-los, a carga da argumentação (J.14)¹⁸⁷.

¹⁸² O estabelecimento de um sistema dogmático proporciona a realização de novas observações com base no estado de compreensão até então alcançado de modo a favorecer a obtenção de novos conhecimentos e soluções, constituindo a chamada função heurística (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 265).

¹⁸³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 257-259.

¹⁸⁴ A comprovação sistemática em sentido estrito “se refere às relações lógicas entre o enunciado a ser comprovado e o resto dos enunciados dogmáticos, assim como às normas jurídicas vigentes (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 258).

¹⁸⁵ A comprovação sistemática em sentido amplo “se refere à relação entre enunciados normativos a serem fundamentados mediante enunciados dogmáticos a serem comprovados, e os enunciados normativos singulares que devem ser justificados pelos enunciados dogmáticos restantes ou pelas normas jurídicas” (*Ibid.*, *op. cit.*, loc. cit.).

¹⁸⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁸⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 268-270.

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação¹⁸⁸.

Enfim, encerrando a proposição do seu conjunto de regras e formas para o discurso jurídico, Alexy aborda formas de argumentos jurídicos especiais utilizados na metodologia jurídica: a analogia (J.16), o *argumentum a contrario* (J.15) e o *argumentum ad absurdum* (J.17). Tais tipos especiais são utilizados como formas de inferência logicamente válidas, facilitando a compreensão de seu arranjo lógico e elucidando seu conteúdo não lógico. Assim como os cânones, sua utilização exige enunciados saturados (J.18) e que possam ser fundamentados no discurso jurídico¹⁸⁹.

(...) Formas

(J.15) .(1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$

.(2) $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$ (1)

(J.16) .(1) $(x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$

.(2) $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$

.(3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ (1), (2)

(J.17) .(1) $O \neg Z$

.(2) $R' \rightarrow Z$

.(3) $\neg R'$

[...] Regras

(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas¹⁹⁰.

¹⁸⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁸⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 272-276.

¹⁹⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 292-293.

Ao longo da construção dessas regras, foi possível observar que os argumentos de tipo geral possuem um papel importante no discurso jurídico, especialmente porque podem atuar: 1) na fundamentação de premissas normativas necessárias à saturação de diversas formas de argumentos; 2) na justificação da preferência entre uma ou outra forma de argumento que dirigem a resultados diferentes; 3) na fundamentação e adequação de enunciados dogmáticos; 4) na fundamentação do *distinguishing* e do *overruling* (adoção ou afastamento de precedentes); 5) imediatamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna¹⁹¹.

A conclusão acima apresentada corrobora com a tese do caso especial de Robert Alexy, ratificando a dependência da argumentação jurídica em relação à argumentação prática geral, sem, contudo, retirar dela o caráter especial resultante da limitação ao discursivamente possível sob a perspectiva do direito vigente.

5.5 - Normas, regras e princípios

No decorrer desse estudo, muito se falou sobre enunciados normativos, normas jurídicas, normas positivas, normas não positivas, choque entre normas etc.

Diante disso, parece adequado explorar a visão de Alexy sobre a norma jurídica, indicando suas principais conclusões, o que será feito expositiva e resumidamente a fim de não ultrapassar os limites dessa investigação.

Primeiramente, cumpre apresentar a distinção entre norma e enunciado normativo estabelecida pelo jusfilósofo, para quem o conceito de norma (ou de dever-ser) é um dos mais abstratos e importantes da filosofia do direito¹⁹². Tal distinção se revela necessária em razão da possibilidade de que uma mesma norma seja expressa por enunciados normativos

¹⁹¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 276-278.

¹⁹² ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. Doxa: Barcelona, n.26, 2003. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79126620007683940700080/015782.pdf?in cr=1>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

diferentes. A norma, então, deve ser tratada como o significado extraído de um enunciado normativo, por meio do qual deve ser possível reconhecer uma obrigação, uma proibição ou uma permissão¹⁹³.

Para Alexy, tanto regras quanto princípios devem ser encarados como espécies de norma, pois ambos se referem a um “dever-ser” que pode ser traduzido sob a forma de modelos deônticos básicos (obrigação, proibição e permissão)¹⁹⁴. Apesar das semelhanças, regras e princípios podem ser distinguidas tanto quantitativa quanto qualitativamente (corrente à qual Alexy se filia), mas sua compreensão deve se dar de forma combinada. Diante disso, a construção de um modelo que combine regras e princípios tem especial relevância para a teoria da argumentação jurídica¹⁹⁵.

Regras, então, são entendidas como “normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente”¹⁹⁶. Tal espécie de norma contém um dever definitivo, ao passo que se produz uma consequência jurídica pelo simples cumprimento de seus pressupostos. Se não se aceita uma regra (ou se duas regras apontam para juízos concretos de dever-ser contraditórios), é necessário: a) declará-la inválida, expulsando-a do ordenamento jurídico; ou b) excepcioná-la para certo caso, mediante a criação de uma nova regra. Assim, regras são aplicadas mediante o processo de subsunção¹⁹⁷.

Princípios, ao contrário, devem ser vistos como emblemas de um dever ideal, a ser realizado, conforme suas possibilidades fáticas ou jurídicas, em medida tão alta quanto possível. São mandamentos a serem otimizados, pois não encerram deveres e direitos definitivos, mas sim o que Alexy chama de direitos e deveres *prima-facie*. Entendidos, assim, como mandamentos ideais, os princípios exigem mais do que é possível cumprir na realidade. Em decorrência disso, colidem com outros princípios e exigem, para a sua aplicação, a

¹⁹³ São os chamados modelos deônticos básicos (Confira ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 208 e ss.).

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 90-91.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 121 e ss.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

¹⁹⁷ O choque de regras enseja a preponderância de uma sobre a outra, ao passo que uma regra automaticamente exclui a aplicação de outra, sem a necessidade de que haja a devida ponderação, vez que seus enunciados indicam um dever definitivo e factualmente realizável.

ponderação (sopesamento)¹⁹⁸, que conduz do direito/dever prima-facie ideal ao direito/dever real e definitivo¹⁹⁹.

Ao cuidar da distinção entre regras e princípios, CANOTILHO²⁰⁰ sugere que se abandone a distinção tradicional entre normas e princípios, recomendando a utilização da classificação pela qual as regras e os princípios sejam considerados e distinguidos como duas espécies de um superconceito de normas, diferente, portanto, da concepção normativa da teoria kelseniana.

Sobre a realização de princípios, destacamos o ensinamento de SILVA²⁰¹:

[...] para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos prima facie, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes.

A distinção qualitativa entre princípios e regras, portanto, baseia-se em dois fundamentos interdependentes: 1) princípios importam deveres prima-facie e regras, deveres definitivos; 2) princípios são mandamentos de otimização que exigem que algo seja cumprido na maior medida possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto regras seguem a regra do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*)²⁰², ou são obedecidas ou são desobedecidas.

Segundo Alexy, regras também poderão possuir um caráter prima-facie, mas de forma distinta do existente nos princípios. Nos princípios não há mandamentos definitivos, mas

¹⁹⁸ Ou seja, aqui, nenhum dos princípios será considerado inválido, nem haverá necessidade de se estabelecer uma regra de exceção para aplicação de um dos princípios. Valendo-se da ponderação de princípios, um deles, em determinadas condições, terá precedência sobre o outro, sendo considerado mais aplicável ao caso concreto e, portanto, assumindo maior peso. Em outro caso, a situação poderá ser a inversa.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37-38.

²⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1086.

²⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 611.

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94.

apenas *prima-facie*, o que decorre da possibilidade de que um princípio (razão) seja afastado por outro princípio (outra razão) antagônico em um dado caso. Ao contrário, nas regras, que possuem mandamentos definitivos, o caráter *prima-facie* pode ser adquirido mediante a inserção de uma cláusula de exceção²⁰³ na decisão de um caso, o que pode ocorrer pela atribuição de maior peso ao princípio contrário ao que sustenta a regra.

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. [...] Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra²⁰⁴.

Esse caráter *prima-facie* que as regras podem vir a adquirir advém, portanto, não de um sopesamento entre princípios contrapostos, mas da flexibilização do sistema de regras por meio da mitigação do que Alexy chama de princípios formais²⁰⁵.

Observada a discussão anterior acerca da teoria do discurso jurídico, a diferenciação entre princípios e regras assume especial importância nesse estudo em decorrência da relevância que regras e princípios assumem na fundamentação da própria aplicação de regras e na concreção de decisões judiciais.

²⁰³ Como exemplo de cláusula de exceção, Alexy apresenta o seguinte exemplo: “[...] Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92).

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 104-105.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 103-106.

4.6 Críticas à Teoria da argumentação de Robert Alexy

A teoria de Alexy sustenta que a dogmática jurídica (isto é, a “Ciência do Direito” ou a “Ciência jurídica”) em grande medida é uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelas normas existentes

Alexy entende que a dogmática jurídica é uma disciplina pluridimensional, de modo que a Ciência do Direito, em seu sentido próprio e restrito, teria três dimensões^[11]: a dimensão lógico-analítica, em que são analisadas as estruturas lógicas do Direito, desde a análise dos conceitos elementares, passando por construções jurídicas até o exame das estruturas do sistema jurídico; a dimensão descritiva-empírica, que diz respeito ao conhecimento do direito positivo válido, bem como à descrição e ao prognóstico da *praxis* dos tribunais, e, finalmente, a dimensão normativa-prática, em que se busca elaborar propostas para a solução dos casos jurídicos problemáticos, buscando determinar, a partir do direito válido, qual a decisão correta a ser tomada em um caso concreto.

A análise lógica demonstra exatamente que, nos casos minimamente problemáticos, a decisão não tem como ser tomada com base nos meios da Lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos. Para tanto, são necessários valores adicionais e, como fundamento desses valores, conhecimentos empíricos. Um tratamento lógico que, prescindindo dessas premissas adicionais, alcance resultados e, nesse sentido, pretenda ser produtivo só pode ser um método pseudológico, que encobre as premissas normativas necessárias para uma fundamentação lógica realmente concludente.

Dessa afirmação não decorre, todavia, que a importância da dimensão lógico-analítica possa ser subestimada, posto que, “*sem uma compreensão sistemático-conceitual a Ciência do Direito não é viável como uma disciplina racional. [...] Portanto, a despeito das falhas do ‘tratamento lógico’, não há como ignorar o que nele há de correto e imprescindível para o Direito*”²⁰⁶. Nesse sentido, vale notar que na teoria de Alexy, um dos pontos centrais é a análise das normas e de suas estruturas, e a distinção das normas entre regras e princípios.

²⁰⁶ ALEXY, op. Cit. 2008, p. 49

Para ALEXY²⁰⁷, essa distinção não é feita em função de uma diferença de grau, ou seja, não se diferencia uma regra de um princípio em função do “grau de importância” ou do “grau de abstração” das normas, mas em razão de uma qualidade da norma. Os princípios, assim, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, portanto, mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variado, dependendo o seu cumprimento não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Tal teoria, contudo, não é imune a críticas. Como coloca TOLEDO²⁰⁸:

"Há a crítica de que a teoria da argumentação jurídica não se aplicaria ao Direito no momento do processo judicial, pois os falantes não se encontram em posição homóloga, já que cabe ao juiz a decisão sobre o que é justo (correto) a partir dos argumentos trazidos por cada uma das partes. Contudo, a completa homologia factual entre os participantes não é condição de possibilidade do discurso. Ocorre que algumas das regras do discurso são passíveis de cumprimento de forma apenas aproximada, como a exigência de participação de todos na discussão, de absoluta inexistência de coação no debate etc.. A regra que demanda a simetria entre os falantes é mais um exemplo de prescrição cuja concretização, na realidade, é feita, muitas vezes, de modo somente aproximado, ou seja, na maior medida possível, o que não retira o caráter de racionalidade da conclusão do discurso."

Muito debatida também é a questão da consideração do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral²⁰⁹. Nesse sentido, HABERMAS²¹⁰ afirma:

²⁰⁷ ALEXY, op. Cit. 2008, p. 90

²⁰⁸ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. *In*: Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito. Vol. 2. N.º 3, jan. a dez. de 2005, p.09.

²⁰⁹ TOLEDO, Cláudia. Op. cit., p. 10.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade. Apud FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/FernandoGalvao.pdf>> Acesso em: 01 mai. 2013.

"[...] nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras de direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais. Contra esta tese do caso especial, de Alexy (defendida inicialmente de modo não específico com relação a discursos de fundamentação e de aplicação), levantou-se uma série de objeções. [...]"

A tese do caso especial é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional."

Outra crítica é a de que o agir estratégico invalida a teoria da argumentação, que é fundada no argumento pragmático-transcendental²¹¹. Tal noção é rebatida pela concepção dupla da validade da ação, a saber, a validade subjetiva (motivação) e a validade objetiva (conduta externa). Em que pese subjetivamente o indivíduo encerre regra inválida, o simples fato de respeitar a validade objetiva já pode ser considerado uma vitória para a Democracia, do ponto de vista da controlabilidade das decisões.

Na visão de ATIENZA a teoria apresentada por Alexy, possui várias falhas, que originaram várias críticas. ATIENZA²¹² afirma que:

“As regras do discurso não garantem que se possa alcançar um acordo para cada questão prática (quer dizer, que se possam resolver todos os problemas de conhecimento), nem tampouco que, caso se alcançasse esse acordo, todo o mundo estaria disposto a segui-lo (problema)”.

²¹¹ TOLEDO, Cláudia. Op. cit., p. 10.

²¹² ATIENZA, M. As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 2003.

CONCLUSÕES

A busca por critérios racionais de avaliação da correção de um raciocínio jurídico constitui o objeto específico da lógica jurídica. De fato, se por um lado não se pode restringir o fenômeno jurídico a meras deduções de normas individuais a partir da aplicação de normas gerais aos fatos, de outro não se pode, no âmbito de um regime que se pretenda minimamente democrático, abrir mão da busca pela redução da possibilidade de arbitrariedades e decisionismos, buscando razões legítimas e aceitáveis para as decisões judiciais.

O estudo da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação é fundamental para o operador do Direito, na medida em que oferece meios de estabelecer um raciocínio jurídico correto e verdadeiro, na busca da persuasão e do convencimento do seu público.

Nesse aspecto, é extremamente relevante o papel a ser desempenhado pela Lógica jurídica, seja no que se refere à aplicação das leis e princípios da lógica formal à Ciência do Direito (categoria kelseniana), seja no âmbito da dimensão analítica da dogmática (Alexy), seja, ainda, nos processos não-formais de justificação das decisões, hipótese em que seu papel será o de fornecer a justificação externa que legitimará a escolha das premissas.

A Lógica jurídica, por óbvio, mesmo a despeito de ter uma íntima ligação com a pretensão de correção (segundo a visão procedimentalista de Alexy), não pode garantir, por si só, que a decisão tomada seja a mais acertada ou mesmo a mais justa. Entretanto, o desrespeito às suas regras é suficiente para que desde logo se possa afirmar a incorreção da decisão adotada. O papel da Lógica jurídica, portanto, consiste não só em garantir a possibilidade de que as conclusões silogísticas, quando cabíveis, sejam corretas, mas também, e fundamentalmente, em possibilitar que as escolhas das premissas sejam feitas de forma racional e justificada, garantindo que o Direito possa efetivamente ser qualificado como Ciência e possibilitando que se exerça um controle mais apropriado das decisões jurídicas.

Na teoria do Direito desenvolvida por, Robert Alexy a dogmática jurídica (isto é, a “Ciência do Direito” ou a “Ciência jurídica”) em grande medida é uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelas normas existentes .

Alexy entende que a dogmática jurídica é uma disciplina pluridimensional, de modo que a Ciência do Direito, em seu sentido próprio e restrito, teria três dimensões^[11]: a dimensão lógico-analítica, em que são analisadas as estruturas lógicas do Direito, desde a análise dos conceitos elementares, passando por construções jurídicas até o exame das estruturas do sistema jurídico; a dimensão descritiva-empírica, que diz respeito ao conhecimento do direito positivo válido, bem como à descrição e ao prognóstico da praxis dos tribunais, e, finalmente, a dimensão normativa-prática, em que se busca elaborar propostas para a solução dos casos jurídicos problemáticos, buscando determinar, a partir do direito válido, qual a decisão correta a ser tomada em um caso concreto (Alexy, 2001, p. 241).

A proposta apresentada por Alexy, portanto, implica na adoção de critérios mais fortes do que os presentes no discurso prático geral para fundamentar a adoção racional da argumentação jurídica como meio de persecução da correção de enunciados normativos. Assim, a teoria da argumentação jurídica desse jusfilósofo é explicada “mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula”²¹³, de modo que o resultado alcançado em uma discussão que obedeça a esses postulados possa ser designado como “correto”. Ou seja, essas regras e formas são aplicáveis como um critério de correção para a aplicação racional dos enunciados normativos, a realização racional do processo decisório e a produção racional das decisões judiciais.

Para a proposta desse trabalho, a aplicação das regras e das formas da argumentação jurídica deve se adequar à pretensão de justificação racional das decisões de adoção, revisão e cancelamento de Súmulas Vinculantes, razão pela qual será necessário explorar completamente a proposta de Alexy.

²¹³ Ibid., p. 285.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Robert. *La naturaleza de la filosofía del derecho*. Doxa: Barcelona, n.26, 2003.

Disponível em:
<<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79126620007683940700080/015782.pdf?incr=1>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

_____. Robert. *La tesis del caso especial*. 13 p. Disponível em:
<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fisegoria.revistas.csic.es%2Findex.php%2Fisegoria%2Farticle%2Fdownload%2F75%2F75&ei=JUjqULf9No2u8ASliYCQCQ&usg=AFQjCNEPtX63otfidGm1rU5TPPqee6NG7A&bvm=bv.1355534169,d.eWU>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Robert. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. 1988. p. 149. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico. 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ALVES, Marco Antônio Sousa. **A Argumentação Filosófica**: Chaïm Perelman e o *Auditório Universal*. 2005. 215 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. Disponível

em:http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/argumantacao_filosofica.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ANDRADE, Christiano José de. O problema dos métodos da interpretação jurídica. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ATIENZA, M. As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 2003.

ÁVILA, H. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. S.Paulo: Martin Claret, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco. Justiça distributiva e aplicação do direito. Porto Alegre: Fabris, 1983.

BARRETO, Vicente de Paulo. Prefácio de Hermenêutica e Argumentação uma contribuição para o estudo do direito. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, L. R.(Org.). Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, p. 65. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

BOBBIO, N. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. e notas de Márcio Puglises, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1989.

BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. (Org.). Direito ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas – Cidadania e Justiça. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. Roteiro de lógica jurídica. 3. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

_____. Prefácio à edição brasileira do Tratado da argumentação Jurídica. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes: 2002

_____. Lógica jurídica e interpretação das leis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CUNHA, Paulo Ferreira da. MALATO, Maria Luísa. Manual de Retórica e Direito. Lisboa: Quid Juris. 2007

DESCARTES, René. Discurso do método. Trad. de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. “A noção de norma jurídica na obra de Miguel Reale.” p. 150. Textos clássicos de filosofia do direito. Anacleto de Oliveira Faria (Coord.). S.Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FERREIRA, Jane Mendes; RAMOS, Simone Cristina; SCHERNER, Maria Luiza Trevizan. Raciocínio Analítico: construindo e aprendendo a argumentação. São Paulo: Atlas, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. L.A. O conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Filosofia do direito – decisão judicial e Teoria da Argumentação Jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. Do Espírito das Leis. Vol. 1, coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997.

FRANCO MONTORO, André. Lógica jurídica, ferramenta do jurista. In DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia. Direito, cidadania e Justiça. Ensaio sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica – problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

NERICI, Imideo Giuseppe. Introdução à Lógica. 9. ed. São Paulo: Nobel, 1985.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea, 2ª Ed. Edições Loyola, 1996.Z

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação: a nova retórica. prefácio Fábio Ulhôa Coelho. Trad. Maria Ermantina Galvão. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Ética e Direito. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. S.Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. Lógica jurídica: nova retórica. Trad. Verginia K. Pupi. S.Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. O Direito como experiência. 2.ed. S. Paulo:Saraiva, 1992.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

STRECK, L. L. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003.

_____. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe et MOREIRA, Luiz (org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Teoria da argumentação jurídica. *In*: Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito. Vol. 2. N.º 3, jan. a dez. de 2005, p.09.

TOULMIN, Stephen. Os usos do argumento. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VIEIRA, Luiz Fernando. Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

WALTON, Douglas. *Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WESTON, Anthony. *A construção do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.